

EDWARD ROCHA DE CARVALHO

ESTUDO SISTEMÁTICO DOS CRIMES OMISSIVOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Titular Luiz Alberto Machado
Co-orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

CURITIBA
2007

Para Maria Paula, com quem aprendi por
que uma imagem vale mais que mil gestos;
por que o silêncio vale mais que mil pala-
vras; por que compartilhar é tudo.

Para meus pais, pela luz na estrada.

Agradecimentos

Ao Jacinto, sócio, amigo, irmão e padrinho, por tudo; não tem como agradecer decentemente e da forma como você merece.

Ao Professor Luiz Alberto Machado, pela orientação não somente deste trabalho, mas pelas críticas ácidas das coisas da vida.

Ao Salo de Carvalho, pela co-orientação e paciência.

Ao Ricardo Rachid, por ter me dirigido ao Direito penal de verdade.

Aos amigos e colegas professores que me proporcionaram um aprendizado contínuo: Alexandre Morais da Rosa, Alexandre Knopfholz, Alexandre Wunderlich, Andrei Zenkner Schmidt, Antônio Acir Breda, Carlos Bacila, Cezar Bitencourt, Claudia Santos, Claudio Brandão, Claudio Gastão da Rosa Filho, Daniel Laufer, Eduardo Sanz, Fábio Bozza, Flávia Meneghetti, Gamil Föppel, Gustavo Badaró, Ivan Guérios Curi, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Juliano Breda, Luís Guilherme Vieira, Luiz Edson Fachin, Maurício Zanoide de Moraes, Mário Ramidoff, Nuno Brandão, Paulo César Busato, René Dotti, Rodrigo Muniz Santos, Rodrigo Sanchez Rios e Susana Aires de Sousa.

Aos amigos e amigas que sempre me ensinam e me recordam que existe (muita!) vida fora do Direito penal: Adelino Marcon, Alessandra Dabul, Aluir Zanellatto, Atila Sauner Posse, Carlos Capistrano, César Rios, Chico Godoy e Diana Godoy, Dolores Bustelo, Domingos Caporrino, Eduardo Bana, Emir Calluf, Evelise Scherer, Fausto Lacerda, Fábio Schütz, Francisco Bustelo, Gabriel Godoy, José Carlos Cal Garcia, Joece Keli, Juraci Barbosa Sobrinho, Luizinho Gaissler, Marcos Leandro Pereira, Michelle Massignan, Miguel Godoy e Rafael Godoy, Paulo Nalin, Patrick Gasparetto, Roberto Telhada, Roland Hasson, Romeu Schütz, Sergio Bernardinetti, Thais Carvalho da Rocha, Thamis Pizzato e Viviane Ruiz.

Aos sócios da minha segunda casa, Cristina Teixeira de Freitas, Lijeane Santos, Horácio Coutinho e Julhi Bonespírito.

Aos clientes, pela compreensão e suporte.

Aos meus alunos e ex-alunos, pela paciência e tolerância com um professor novo que sabe pouco, mas sempre procura passar tudo do pouco que sabe.

“Só as pessoas que são muito inteligentes e muito infelizes conseguem escrever bons poemas.” (Orhan Pamuk).

ESTUDO SISTEMÁTICO DOS CRIMES OMISSIVOS

por

Edward Rocha de Carvalho

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito, Área de Direito das Relações Sociais, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, por banca composta pelos professores:

Membro da banca examinadora: _____
Professor Orientador
Prof. Dr. Titular Luiz Alberto Machado
Universidade Federal do Paraná

Membro da banca examinadora: _____
Professor co-orientador
Prof. Dr. Salo de Carvalho
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Membro da banca examinadora: _____
Prof. Dr. Carlos Roberto Bacila
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 12 de fevereiro de 2007

Resumo	vii
Abstract	viii
Introdução	1
1 Questões essenciais	3
1.1 A distinção entre ação e omissão	4
1.2 A distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios	10
1.3 Sobre a cláusula de equivalência entre ação e omissão	21
1.4 A atenuante genérica do art. 66, do CP, e a proporcionalidade	26
2 Estrutura dos tipos omissivos	27
2.1 O tipo objetivo	27
2.1.1 A situação típica e a ausência de ação	28
2.1.2 A possibilidade individual de ação	28
2.1.3 Omissão da ação mandada	31
2.1.4 Nos tipos de omissão imprópria, o resultado imputável	32
2.1.5 Nos tipos de omissão imprópria, a posição de garante	34
2.2 A posição de garante que gera o dever de impedir o resultado	34
2.2.1 Teoria clássica das fontes jurídicas	35
2.2.2 Teoria das funções	37
2.2.3 Teoria material-formal	44
2.3 Causas-fonte do dever de garante	46
2.3.1 Obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância	46
2.3.2 Assunção da responsabilidade de impedir o resultado	49
2.3.3 Comportamento anterior criador do risco do resultado	50
2.4 O tipo subjetivo	54
2.4.1 O dolo	54
2.4.2 A decisão	55
2.4.3 O conhecimento ou representação da posição de garante	59
2.4.4 A imprudência	59
2.5 A culpabilidade	60
Conclusão	63
Referência bibliográfica	66

Resumo

Os crimes omissivos constituem um segmento da criminalidade que tem sido cada vez mais abrangida pela criminalização primária, merecendo mais estudos aprofundados sobre suas estruturas típicas.

Ação e omissão são duas formas substancialmente distintas de conduta humana, cuja valoração típica encontra dissonância desde o âmbito normativo, que possui reflexos – como não poderia deixar de ser – na reprovabilidade das condutas.

A omissão pode ser, conforme classificação tradicional, dividida em própria e imprópria, variando a doutrina acerca dos critérios de tal classificação, prevalecendo as posições que definem pela Lei: próprias são as previstas; impróprias, as decorrentes de cláusula de equiparação (no caso, o art. 13, § 2º, do Código Penal). Há, contudo, que se ponderar pela utilidade da persistência de tal divisão, que encontra raízes históricas que se não poderiam utilizar como fundamento na atual conjectura do ordenamento jurídico e do desenvolvimento doutrinário.

Estruturalmente, os tipos omissivos são substancialmente distintos dos tipos comissivos, possuindo elementos próprios que derivam da especial estrutura normativa e legal da omissão. Particular atenção merece a posição de garante, notadamente no que toca ao desenvolvimento histórico para que, então, faça-se uma análise crítica de sua pertinência constitucional.

Abstract

The omissive crimes constitute a sector of criminality which has been more and more embraced by the primary criminalization, worthy of being studied in more depth regarding its particular structures.

Action and omission are two significantly distinct forms of human conduct which typical value finds incongruity in the norms scope, which undoubtedly reflects reprobatory conducts.

According to the traditional classification omission may be divided into proper and improper, what varies is the doctrine about the criteria of such classification and prevailing the positions defined by Law: the proper omissions are the expected ones; improper, the ones deriving from the equalization clause (in this section 13, § 2nd, of the Penal Code). It is important, however, to ponder about the use of persisting with this division, which is based on historic roots that could not be used as fundament in the current conjecture of juridical arrangement and of the doctrinal development.

Structurally the omissive types are significantly distinct from the comissive types; they have proper elements, which derive from the special normative and legal structure of the omission. Special attention should be given to the guarantor, notably as far as the historic development is concerned so that a critical analysis is then made of its constitutional pertinence.

Introdução

A motivação inicial para a presente dissertação surgiu com a leitura do opúsculo *Os crimes omissivos no Brasil* (Munhoz Netto, 1983), uma pequena obra apresentada na forma de comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito penal, realizado no Cairo, em 1984, onde um dos três temas propostos foi o relativo aos crimes omissivos. Pena o autor não a ter lido antes. A obra tem, sem sombra de dúvida, várias virtudes. Foi a única brasileira digna de notas de refutação (que se não desmereça as outras, por evidente) pelo coordenador do tema no encontro, Eduardo Novoa Monreal, então exilado em Caracas, que escreveu um capítulo à parte tão-só para se contrapor a Alcides (Novoa Monreal, 1984, p. 57). É sucinto e claro, sem deixar de discutir os grandes conflitos que existem ao redor do assunto. É pioneiro, porque apresenta o Direito penal como uma forma de limitação e contenção ao exercício do poder punitivo, seguindo a linha traçada por Eugenio Raul Zaffaroni (Zaffaroni, 1973). É, infelizmente, o testamento de um dos maiores penalistas que o Brasil já teve, levado precocemente por aquelas armadilhas da vida sobre as quais ninguém tem controle.

É por tais motivos que se atreve a tratar a presente dissertação como uma *Homenagem a Alcides Munhoz Netto*, ainda que por razões técnicas e metodológicas tal homenagem não conste do título do trabalho. Tomara que se cumpra a tarefa, honrando a Universidade Federal do Paraná, toca de penalistas de estirpe.

A motivação secundária é decorrente da primária. Ao livro de Alcides, seguiu-se doutrinariamente, com um razoável intervalo de tempo, pouca coisa sobre o assunto. O que veio, contudo, é digno de nota e merece ser destacado, porque vem da lavra de Juarez Tavares, em 1996 (Tavares, 1996). Como escrever sobre algo que foi tão pouco escrito no Brasil? Como não repetir as lições já dadas?

Por tais considerações, tratar dos crimes omissivos é um grande desafio, por dois motivos principais, superado aquele da homenagem.

Causam perplexidade, num primeiro momento, as inúmeras dissecações e depurações realizadas nos conceitos que entornam os crimes omissivos ao longo dos anos, sem, contudo, que se tenha chegado a um grau de compreensão suficientemente unívoca e aceitável (Miranda Coutinho, 2006) para uma matéria (o Direito

penal) que se propõe ser compreendida por todos (afinal, está a *compreensão*, pelo cidadão, presente em quase todos os níveis dogmáticos, não?), mas, também, simplificar a tarefa dos julgadores com um sistema simples e claro (Gimbernát Ordeig, 2002).

Nenhuma das tarefas, como parece, tem sido cumprida a contento. Antes mesmo que um conceito se sedimente ou sequer seja aceito de forma geral, parte-se para outro, dando-se as bases da teoria como superadas e sacramentadas, fazendo Direito penal brasileiro sob as penas alemãs. Aqui, a advertência de Enrique Gimbernát Ordeig é válida: parece que se pode, com o Direito penal, dividir um fio de cabelo ao meio (Gimbernát Ordeig, 1970), ou seja, faz-se dogmática *l'art pour l'art*.

Nos crimes omissivos, a advertência é mais que válida, sendo a forma de apresentação deles aos estudantes, por exemplo, quase incompreensível, rebuscada, com o *glamour* e a pompa adequados a uma disciplina que se diz tão ligada à filosofia, aos problemas do homem, mas que, na maioria das vezes, é incapaz de pensar sobre si mesma e seus problemas (basta ver que a grande maioria dos “penalistas” vê a matéria como um dos modos de combater o crime, ou, pior, como um sistema de imputação). É um sintoma da falta de diálogo entre penalistas que já se encontram isolados da realidade por mérito próprio.

Daí porque se optou por discutir os *fundamentos sistemáticos*; e não as *conseqüências*. Porque é com base naqueles (como parece evidente do termo) que se poderá avaliar se estas poderiam ser corretas. E, em se optando por discutir os fundamentos, novamente veio à cabeça do autor a idéia de os discutir tal qual Alcides Munhoz Netto e Juarez Tavares o fizeram, qual seja (espera-se), de forma sucinta e objetiva.

Contudo, uma explicação é necessária, no sentido de que se optou de forma deliberada (não poderia ser de outra maneira) por não discutir um eventual conflito entre o princípio da *secularização* – tão pontualmente argüido por Salo de Carvalho em diversos de seus trabalhos (2001, 2005, 2006) na esteira de Ferrajoli (2002, por todos) – com o princípio da *solidariedade*, uma vez que tal intento redundaria em uma *tese*.

É que, à primeira vista, o direito do cidadão a se portar de uma forma que não cause danos a ninguém (direito, aliás, constitucionalmente garantido) e, inclusive, seu direito à perversidade (Carvalho, 2005, p. 33-5), conflita de forma aberta com um princípio de solidariedade (também constitucionalmente garantido), ao menos quando se pensa em uma criminalização primária de meras condutas ordenadas. Quando se chegue à parte atinente aos fundamentos da posição de garante, tudo indicará serem a maioria dos exemplos clássicos abertamente inconstitucionais. A questão fica, contudo, aberta, como sempre, deixando-se um flanco para a defesa futura de um trabalho orientado para tal linha de arguição.

Vai-se ao texto.

1 Questões essenciais

Não há omissão pré-típica (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 572), pelo menos para o Direito penal. Enfim, o mundo existe, em que pese algum autista penalista neokantiano possa dizer o contrário. Quem omite, omite algo, como é da léxica, porque a omissão não é um simples não fazer. É a tese do *aliud agere* ou *outro fazer* (Luden, II, 1840). Por tal motivo, a omissão é sempre referenciada por elementos normativos (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 572), razão por que se a estuda sempre ligada ao tipo, mas independente dele, ou seja, como forma de aparição típica substancialmente distinta do tipo de ação (Figueiredo Dias, 2004, p. 671; Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 572; Jescheck/Weigend, 2002, p. 644), o que não indica, em absoluto, estar-se diante da proposição de se abdicar do conceito de ação, referindo-se tão-só ao tipo (Radbruch, 1967, p. 151-66). Não há necessidade de a teoria da ação ceder primazia à teoria da realização típica, como quer Figueiredo Dias (2004, p. 244-6), mas, sim, faz-se sempre necessária a utilização do conceito de ação, por mais inútil que possa parecer em suas pretendidas funções (Marinucci, 1971), nem que seja para efeitos de garantia do princípio do injusto pessoal e, notadamente, do *nullum crimen sine conducta* (Androulakis, 1963, p. 52), o que já é grande coisa. Sem isto, perde-se o referencial, tal qual o neokantismo perdeu (ainda que propositadamente).

Eis por que se estuda, antes, a distinção entre ação e omissão para, após, verificar que esta é subdividida. E, não sem tempo, passar-se-á à análise de

uma das modalidades, ao menos no que diz respeito aos seus traços primários. São, pois, *questões essenciais*.

1.1 A distinção entre ação e omissão

Os tipos penais, por vezes, descrevem condutas que devem ser levadas a cabo de forma positiva para que o bem jurídico seja afetado. É o caso do homicídio (art. 121, do CP: “*matar alguém*”), onde a tipicidade se verifica mediante a *identidade* entre a conduta e a descrição típica (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 570). Outras vezes, os tipos penais descrevem processos de afetação de bens jurídicos que somente podem ocorrer quando uma determinada conduta deixa de ser tomada. É o caso da omissão de socorro (art. 135, do CP: “*deixar de prestar assistência...*”), onde a tipicidade se verifica mediante a *diferença* entre a conduta realizada e a descrita (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 570).

Para alguns (Figueiredo Dias, 2004, p. 672), cujo fundamento aparenta ser neokantiano, é o tipo (e não uma qualquer estrutura ontológica) que dá o cariz da distinção entre ação e omissão, comandado por valorações político-criminais (Roxin, 2003, p. 627), como se fossem elas negação entre si, A e não-A (Radbruch, 1967, p. 140), duas formas estruturalmente diversas (Figueiredo Dias, 2003, p. 671) onde não haveria nada em comum. Nem o dolo, nem a imprudência, nem a causalidade. Nada. Tudo que foi estruturado para os tipos que proíbem, em princípio, não serviria para os tipos que comandam; o que quebraria a estrutura do ilícito, construída sob o paradigma do tipo doloso, exceto pela aplicação de um princípio de inversão, tão genialmente – quanto de forma afobada, como deduz Struensee (2005, p. 243) – introduzido no Direito penal por Armin Kaufmann em 1954 (2006, p. 103).

Eis a forma plástica, em outra forma: A, como tipo, conteria uma norma proibitiva (*matar alguém* deveria ser lido como *é proibido matar*); não-A, como tipo, conteria uma norma mandamental (*deixar de prestar assistência* deveria ser lido como *deve-se prestar assistência*). O purismo recorrente de se presumir serem as normas somente mandamentais *ou* proibitivas (Jescheck/Weigend, 2002, p. 648) parece simplificar, mas complica o entendimento, porque, em realidade, há um entrelaçamento entre conteúdos proibitivos e mandamentais (Bacigalupo, 2005, p. 117-9): o

mesmo tipo que afirma ser proibido matar diz que as pessoas devem se abster de tomar medidas que levem à morte de outrem. Melhor copiando, “*da norma que quer evitar um resultado nasce para todos não só a proibição das actividades que o produzem como também o comando de levar a cabo todas as actividades que obstem à sua produção*” (Correia, 1971, p. 301). Desde, é claro, que preservado o *nullum crimen sine conducta* como um dos pressupostos mínimos de contenção da irracionalidade do poder punitivo.

Afinal, quem *comanda prestar assistência* (mandamental), em realidade, *proíbe fazer outra coisa* (proibitivo), *uma vez que o bem jurídico deve ser preservado de ataques*. Não se pode ler um conteúdo de um tipo com uma abstração que beira ao absurdo, fugindo-se de seu contexto, porque, assim procedendo, o bem jurídico não estaria tutelado suficientemente (Tavares, 1996, p. 37). Ora, o texto é um fato gráfico (Cordero, 1986, p. 18); e a norma é criada pelo intérprete (Grau, 1996, p. 62; Streck, 2005). O texto é composto por palavras e elas são escolhidas porque não são outras, ou seja, têm um valor ou expressam um valor no curso da linguagem. Eis por que o texto acolhe, com suas palavras, um critério de valor (lícito/ilícito no Direito penal – admissível/inadmissível no Direito processual penal: Figueiredo Dias, 1974, p. 34), isto é, a *regra*. Com ela, pode-se ordenar e apreciar os fenômenos. É sempre uma regra decisão, mas não sempre uma regra de conduta. Eis por que a regra pode não ser mandamental e obrigar do mesmo jeito. Eis, também, por que a norma é criada pelo intérprete, o qual não é livre para dizer qualquer coisa dado que as palavras do texto não podem, pelo exegeta, expressar o seu contrário (Aristóteles, IV, 3, 1005, 5-35: “*é impossível que o mesmo atributo pertença e não pertença ao mesmo sujeito, simultaneamente e sob a mesma relação*”) e, portanto, um contexto não alcançável, ou seja, um não-ser, de todo irracional à representação expressa no texto.

Isto não é pouco quando, hoje, precisa-se definir o lugar criativo do intérprete e, quiçá, a interpretação como – ela mesma – condição de possibilidade do ser; de um crime, por exemplo.

Contra, está Zaffaroni (2002, p. 571), alicerçando-se em uma visão extremamente liberal e afirmando que somente as normas mandamentais podem ser

lidas de forma proibitiva, mas não o inverso. Eis a conseqüência: o *deves prestar assistência* pode ser lido como *é proibido deixar de prestar assistência*; mas o *é proibido matar* não poderia ser lido como *deves deixar viver*.

Assim, como pressuposto inicial de construção, não é pelo conteúdo puramente proibitivo ou mandamental que se diferenciam ação e omissão, surgindo, então, a pergunta. Como diferenciar ação e omissão, sem que se recaia na concepção de Jakobs (1997, p. 949; 1996, p. 23, ss.), perante a qual a distinção – regida pela fidelidade à norma – deve ser realizada entre deveres (positivos e negativos)?

A matéria não é tão simples a ponto de ser deduzida da compreensão natural das coisas, como pretendem Jescheck/Weigend (2002, p. 649) e as cortes inglesas (Williams, 1987, p. 82), sendo que alguns exemplos ajudam a demonstrar a *complexidade* da questão (Tavares, 1996, p. 39 ss.; Engisch, 1973, p. 169 ss.; Roxin, 2003, p. 652): um médico, vendo que seu paciente com câncer terminal, em estágio crítico e de sofrimento brutal, tem sofrido paradas cardíacas freqüentes (com também freqüentes reanimações), decide, após a 5ª parada, cessar a reanimação, ligando-o em um aparelho automático. Após algum tempo, o mesmo médico, vendo que não há esperanças, decide desligar o aparelho. No mesmo exemplo, imagine-se que a família, vendo que não há esperanças, decide desligar o aparelho. Crime omissivo ou comissivo?

O condutor do veículo que não guarda a devida distância do ciclista quando o ultrapassa, atropelando-o, produz o acidente por ação ou omissão?

Um farmacêutico esquecido fornece pela segunda vez, a um mesmo consumidor esquecido, um remédio que somente pode ser tomado uma única vez e o consumidor vem a morrer por conta disso. Ação ou omissão?

Optando-se por afirmar serem crimes comissivos, basta comprovar a estrutura típica dos tipos correspondentes, com a demonstração de que o resultado pode ser imputado objetivamente ao autor. Optando-se por serem crimes omissivos, há que se comprovar o *dever de agir*. A diferença é tudo (Tavares, 1996, p. 42), e alguns critérios pretendem resolver a dúvida.

Ao se olhar a questão sob um prisma naturalístico (D'Ávila, 2005, p. 186), é natural que um *emprego positivo de energia* defina o conteúdo da conduta, omissi-

va ou comissiva. É, aliás, o posicionamento da doutrina alemã reinante no Brasil, ou seja, Engisch (1973, p. 171), Roxin (2003, p. 652 ss.), Jescheck/Weigend (2002, p. 650), Otto (2004, p. 127), Welzel (1976, p. 277) e da doutrina estadunidense (Simester/Sullivan, 2003, p. 81). É também chamado de *critério da energia*, ou *critério da causalidade*: empregou-se energia, trata-se de ação; não se empregou energia, trata-se de omissão, sendo tal formulação quase idêntica à de Liszt (2003, p. 220 ss.) e Beling (1964, p. 15 ss.), quando dizem o que são ação e omissão, em suas formulações originais, como movimentos corporais exteriorizados (extensão e distensão), só que com algumas atenuações.

Stratenwerth (2005, p. 455) depura mais tal critério, adaptando-o às teorias da imputação objetiva do resultado à conduta (do que se leva a verificar não fugir da causalidade, portanto). Afirma que ação somente existe quando o autor tenha *criado* ou *aumentado* o perigo que se concretiza no resultado; haverá omissão, ao contrário, sempre que o autor não houver *reduzido* tal perigo.

Tal critério propõe a análise da matéria sob a ótica da causalidade (e do tipo), havendo ação toda vez que o agente gerar um processo causal material, que seja apto ou produza o resultado, de forma dolosa ou negligente. Em casos simples, como o do motorista, é fácil afirmar que se trata de ação. No caso do pêlo de cabra¹, a resposta tenderia a ser equivocada (como se demonstrará), uma vez que a entrega dos pêlos aos funcionários sem que ele fosse desinfetado seria causa adequada ao resultado. Sem a entrega, positiva, o resultado não teria ocorrido. Veja-se que a questão sobre a distinção entre ação e omissão, em verdade, não se passa num plano de definições delas, mas, antes, pelos critérios de causalidade e imputação do resultado à conduta. Em suma, mudando-se a sistemática, muda-se o conceito (levanta-se o neokantismo: muda-se a valoração e o objeto muda com ela), é o que aparenta com a utilização do critério da causalidade.

¹ No caso do pêlo de cabra, uma empresa alemã recebe peles de carneiro para fabricação de cobertores. O procedimento comum sempre foi a desinfecção das peles, algo que, desta vez, não é feito. Contudo, as peles contêm um vírus que acaba matando alguns trabalhadores.

Por outro lado, para efeitos semânticos, cabe notar que na classificação do critério como de *emprego de energia* ou *causalidade* pela mesma ótica, diverge-se da divisão entre eles (Tavares, 1996, 43 ss.), considerando-os regidos sob o dogma naturalista (Stratenwerth, 2005, p. 455), sem que com isso se recaia na posição de Sieber (1983, p. 431), que os une por entender estarem ambos corretos.

E se não se comprova a produção de energia? Na dúvida, afirmar-se-ia ação? É o que prega o *critério da subsidiariedade* (Kaufmann, 1962, p. 212; Novoa Monreal, 1984, p. 207). Evidente que não, pois não pode o Direito penal resolver distinções de categorias materiais (mormente a tipicidade) por critérios processuais, como notadamente se faz na hipótese, onde se aplicaria o princípio do *in dubio pro reo* (Figueiredo Dias, 2004, p. 676) de forma absolutamente equivocada, travestido de *in dubio pro commissione*.

Há outra proposição que procura resolver a questão das chamadas *condutas de dupla relevância* (Stratenwerth, 2005, p. 454). É o chamado *critério do ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*, fundado em um pressuposto sentido social da ação (Wessels, 1976, p. 159; D'Avila, 2005, p. 404-5). Afirma-se, com ele, a insuficiência dos critérios anteriormente expostos. Afinal, o desligamento dos aparelhos pelo médico, mediante uma ação positiva, é *conditio sine qua non* para a ocorrência do resultado (Tavares, 1996, p. 47). Foi causal, portanto. Só que a conduta do médico está indissociavelmente ligada aos preceitos que regem a medicina, principalmente a *preservação da vida*. Do contexto social, retira-se que a conduta do médico que desliga os aparelhos está vinculada a um preceito mandamental (*deves manter vivos os pacientes*), e não a um preceito proibitivo, no sentido de não matar (Tavares, 1996, p. 47).

De forma clara: “A caracterização do comportamento como ação ou omissão, no entanto, só pode ser inferida pelo sentido imprimido pela ordem social, jamais por critérios objetivos materiais” (Tavares, 1996, p. 47). Há mais, contudo. Juarez Tavares (1996, p. 48) recomenda unir ao precitado critério uma análise sobre a *forma* e o *modo* que a conduta afeta o bem jurídico. Assim, nos delitos dolosos, seria *proibido* lesionar o bem jurídico. Nos imprudentes, seria *proibido* violar o dever de cuidado objetivo. Na omissão, vista sob uma ótica um tanto quanto purista, estar-se-

ia a *violar um dever*, um *comando*. Na Inglaterra, a tese tem acolhida (Ashworth, 2003, p. 112). Tal critério, contudo, é criticado por Stratenwerth (2005, p. 455), que o acusa de ser extremamente indeterminado.

Tal sentido do comportamento, por sinal, é um estágio primitivo da moderna teoria da ação significativa, adotada na Espanha por Tomás Salvador Vives Antón (1996, p. 278), nos Estados Unidos da América por George Patrick Fletcher (1998, p. 46; 2000, p. 421) e no Brasil por Juarez Tavares (2003a, p. 225; 2003b) e Paulo César Busato, 2005, p. 216), todos sob a batuta filosófica do paradigma da linguagem.

Especial atenção merece a Inglaterra, onde há séria restrição doutrinária (Ashworth, 2003, p. 47-8) à tipificação de omissões, sob os argumentos de que isto violaria os princípios da taxatividade (quanto ao que e como se deve fazer), da separação entre Direito e moral e, finalmente, à liberdade dos sujeitos (nos comissivos, arca-se com a consequência do ato, pelo que se fez; nos omissivos, seria impossibilitado ao indivíduo exercer sua liberdade, pois não tem escolha).

Nos EUA, a situação também é de exceção e forte resistência quanto à criminalização primária de crimes omissivos, uma vez que a proibição de omissões seria muito mais intrusiva na liberdade e autonomia dos indivíduos que uma proibição por ações (Simester/Sullivan, 2003, p. 73), com o que concorda Mantovani (2002, p. 56). Mas isto não importa para diferenciar ação de omissão. Serve mais como notícia.

Como se vê, todas as opções são criticáveis, mormente em face do princípio da legalidade (o que é o *sentido social*, senão *costume*, contra a legalidade?). É com vista nisso que há proposta que pretende estabelecer duas alternativas: ou se combinam os critérios do ponto de gravidade e da causalidade, ou se verifica o conteúdo axiológico (daí porque o critério seria *axiológico*) emprestado ao fato (Tavares, 1996, p. 50). Neste último caso, haverá omissão sempre que se viole um dever de agir (geral ou especial) e existirá ação toda vez que a verificação do fato independa de tal dever (Tavares, 1996, p. 60).

1.2 A distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios

Conforme classificação já tradicional (Kaufmann, 2006, p. 108), existem duas modalidades de crimes omissivos, quais sejam, os próprios e os impróprios. É, pois, a chamada classificação bipartida (Bitencourt, 2006, p. 293), que remonta ao primeiro tratamento da matéria em Luden (1840, II, p. 219) e é consagrada desde o estudo de Armin Kaufmann (2006, p. 29-31). A título de nota, Androulakis (1963, p. 140) discorda, afirmando que a originalidade deve ser atribuída a Oersted, em 1818.

Assim, como postulam Stratenwerth (2005, p. 456-7), Figueiredo Dias (2004, p. 679) e Cezar Bitencourt (2006, p. 294-5), se o dever jurídico é especificado no próprio tipo penal em questão, tratar-se-ia de omissão própria. Nestes crimes, o conteúdo se esgota com a mera não realização de uma ação exigida por Lei (Jescheck/Weigend, 2002, p. 652), sendo que a criminalização primária (Zaffaroni *et al.*, 2003, p. 43) de tais delitos teria por fundamento um dever geral de solidariedade entre os membros da comunidade social (Cirino dos Santos, 2006, p. 200). O delito comissivo perseguiria o mal; o omissivo, o bem (Mantovani, 2002, p. 57), tudo em vista de um princípio de solidariedade (Mantovani, 2002, p. 59).

Por outro lado, se o dever jurídico viesse de uma cláusula de equiparação, na qual se afirma expressamente serem os crimes comissivos passíveis de adequação omissiva, desde que determinados autores tenham um dever especial de evitar um resultado, tratar-se-ia de crime de omissão imprópria. Nestes crimes seria imposto àquele determinado autor (o garante) um dever especial de evitar o resultado (Jescheck/Weigend, 2002, p. 652). Aqui, o fundamento da criminalização primária residiria em um dever *especial* de agir de determinadas pessoas que são garantidoras de certos bens jurídicos (Cirino dos Santos, 2006, p. 200).

Por tal critério, a distinção seria, pois, de direito positivo, legal (Welzel, 1976, p. 279): omissivos próprios são os previstos em tipos específicos; impróprios, os não previstos, onde há uma cláusula de equiparação entre ação e omissão (D'Avila, 2005, p. 225). A origem de tal pensamento reside em Liszt, autor do critério normológico, segundo o qual a omissão própria violaria um preceito mandamental, enquanto a omissão imprópria violaria um preceito proibitivo (Liszt, 2003, p. 228-9).

A análise de tais situações em que surge a dita posição de garante será realizada em capítulos posteriores, pois o que importa para o presente momento é tão-só a distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios. Enfim, basta dizer que tal dever especial viria prescrito numa cláusula de equivalência (Kaufmann, 2006, p. 289), que equipara os resultados decorrentes de omissões com os tipos respectivos de ação, que possui, modernamente, previsão nos Códigos penais: art. 13, § 2º, do Código penal brasileiro; art. 10, do Código penal português; art. 13, do Código penal alemão; art. 40, do Código penal italiano; art. 15, do Código penal paraguaio; art. 11, do Código penal espanhol:

CP brasileiro

“**Art. 13, § 2º** – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

CP português

“**Artigo 10º**

Comissão por acção e por omissão

1 – Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 – A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.”

CP alemão

“**§ 13. Comissão por omissão:**

Quem se omite de impedir um resultado pertencente ao tipo legal de uma lei penal, só é punível quando tenha o dever jurídico de evitar tal resultado e a omissão equiva-le à sua produção por acção.”

CP italiano

“**Art. 40. Nexo de causalidade.**

Ninguém pode ser punido por um fato previsto na lei como crime, se o evento danoso ou perigoso, do qual depende a existência do crime, não é consequência de sua ação ou omissão. Não impedir um evento, que se tem a obrigação jurídica de impedir, e-quivale a o causar.”

CP paraguaio

“**Art. 15 – Omissão de evitar um resultado.**

Ao que omita impedir um resultado descrito no tipo legal de um fato punível de ação, a-plicar-se-á a sanção prevista para este somente quando:

- 1. exista um mandato jurídico que obrigue o omitente a impedir tal resultado.
- 2. este mandato tenha a finalidade de proteger o bem jurídico ameaçado de maneira tão específica e direta que a omissão resulte, geralmente, tão grave como a produção ativa do resultado.”

CP espanhol**“Artigo 11.**

Os delitos ou faltas que consistam na produção de um resultado somente se entenderão cometidos por omissão quando a não evitação deste, ao infringir um especial dever jurídico do autor, equivalha, segundo o sentido do texto da lei, a sua causação. Para tal efeito se equipará a ação à omissão:

- a) Quando exista uma específica obrigação legal ou contratual de atuar.
- b) Quando o omitente tenha criado uma ocasião de risco para o bem juridicamente protegido mediante uma ação ou omissão precedente.”

Diz-se modernamente porque nem sempre foi assim. A posição da doutrina (Schaffstein, 1957, p. 75) seria no sentido de ser desnecessária tal previsão, que viria da natureza das coisas, do modo de compreender os objetos, muito adequado ao pensamento neokantiano (e também pragmático). Diz-se que ninguém poderia negar serem equivalentes a conduta da mãe que mata o filho com um tiro da mãe que mata o filho de inanição (Ashworth, 2003, p. 111). Tampouco haveria alguma diferença entre a conduta entre aquele que não fornece o medicamento necessário a quem não o pode alcançar e daquele outro que inutiliza o mesmo frasco de remédios, como quer Joel Feinberg (1984, p. 167), fundado num *moral law*. Não as punir seria escandaloso e inadmissível, o que causa um falso sentimento de legitimidade (a confusão no conceito é evidente!) aos que acreditam na constitucionalidade da cláusula de equivalência; e também naqueles que jamais pensaram nisso.

Para ver a pretensa atualidade do tema, basta notar que no Direito penal argentino e no colombiano não há previsão legal de tal cláusula, em face de se ter como cristalino o desvalor da conduta daquele que se omite, o que reforça as críticas quanto à inconstitucionalidade – que será logo tratada – da interpretação e verdadeira criação judicial dos crimes omissivos impróprios (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 577). Para efeitos de orientação sobre a polêmica, basta ver que no Direito alemão, a cláusula somente veio com uma Lei de 1969, no Direito brasileiro com a Reforma de 1984, e no Direito espanhol com a reforma de 1995. Tudo isso sem impedir a distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios, que ficava ao largo da polêmica, mas não muito longe dela. Afinal, existiam tipos penais omissivos e outros “não previstos”, o que já dá uma nota distintiva dos motivos da classificação.

De toda forma, percebe-se que a distinção viria, de acordo com tal entendimento, por critérios legais (Cirino dos Santos, 2006, p. 200), ou seja, (a) previsão

taxativa (próprios) ou (b) equiparação (impróprios), o que se contrapõe à sólida e clara tese da distinção pelo autor, conforme trata Enrique Bacigalupo (2005, p. 121): delitos de omissão própria são aqueles – e só aqueles – onde qualquer um pode ser autor; de omissão imprópria, onde somente determinadas pessoas podem o ser, pouco importando se estão previstos num tipo ou numa cláusula geral de equiparação, também chamada por Jakobs (1997, p. 946) de *norma de complementação*.

Mas, como adverte Juarez Tavares (1996, p. 64), só a adoção do critério legal ou do círculo de autores não bastaria. Seria necessário distinguir entre próprios e impróprios por um critério *normativo* (1996, p. 72-3), ou seja, pela análise da estrutura normativa e da especial posição de garantidor. Assim, existirá crime omissivo próprio toda vez que “*a não realização da ação possível implique por si mesma na violação de uma norma mandamental*”, sendo que existirá crime omissivo impróprio sempre que “*a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique no não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação*” (Tavares, 1996, p. 72-3).

Na essência, isto parece em muito com o critério legal, com o *plus* do critério do autor. Tentando ser didático, em uma fórmula plástica: (a) *próprios* são, a princípio, aqueles crimes omissivos previstos em um tipo determinado, que podem ser praticados por qualquer um; todavia, (b) caso haja cláusula de equiparação entre ação e omissão, fornecendo especiais círculos de autores, os crimes omissivos serão *impróprios* e, (c) ainda que estejam previstos em um tipo determinado, em sendo exigida uma especial posição ou qualidade do autor, tratar-se-ão de crimes omissivos *impróprios*. Veja-se que o que está sempre constante nas três postulações é uma especificidade ou generalidade do autor do crime omissivo (Stratenwerth, 2005, p. 458), o que, em verdade, vem a definir quais sejam os crimes omissivos próprios ou impróprios (Cadoppi, 1988, p. 110).

Um parêntese: o XIII Congresso da Associação Internacional de Direito penal, realizado em Cairo (Egito), por conta dos trabalhos apresentados por diversos autores sobre os crimes omissivos e a diversidade de tratamento em suas resoluções, optou pelo critério legal (AIDP, 1985, p. 487 ss.):

Dado o fato que o critério de distinção entre os crimes de omissão pura ou própria e os crimes de omissão imprópria não é uniforme na doutrina, para evitar uma parcialidade desnecessária e tendo em conta o fato que do ponto de vista da política criminal é mais importante distinguir os casos de tipificação legal daqueles em que a tipicidade depende da interpretação judiciária de uma figura de crime por ação, nós adotamos a terminologia “crimes de omissão legalmente tipificados” (conhecidos como crimes de omissão propriamente ditos) e “crimes de comissão por omissão não legalmente tipificados” (conhecidos como crimes de comissão por omissão ou crimes de omissão imprópria).

No entanto, quer o escritor crer que o critério do autor resolve bem a questão, porque vai à essência dos fundamentos: omissivos impróprios são aqueles onde é exigida uma qualidade especial do autor; próprios são aqueles onde qualquer um pode ser autor, pouco importando se previstos ou não em um tipo específico. Assim, trabalhando-se sobre tipos concretos, pode-se verificar os seguintes crimes omissivos impróprios: arts. 168-A, 312, 315, 318, e tantos outros onde se possa verificar um *dever especial*, que restrinja o círculo de autores.

“Art. 168-A – Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

“Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

“Art. 315 – Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.”

“Art. 318 – Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.”

No caso do art. 168-A, o *administrador* que tem por *dever* o recolhimento e repasse (que são, reafirme-se, realizados no *mesmo* momento escritural) dos valores destinados à Previdência Social, nos termos do art. 135, do CTN:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

No caso dos outros artigos citados, o funcionário público, que tem deveres de respeitar a *legalidade*, a *impressoalidade* e a *moralidade* (art. 37, da CR):

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...).”

Reforçando-se: a cláusula de equiparação (que nada mais faz senão habilitar o poder punitivo, desde que determinadas pessoas sejam autoras) é dispensável nos omissivos impróprios previstos em tipos específicos, porque neles já vem determinado o círculo de autores possíveis de um delito de omissão. Aliás, pensando-se mais a questão, vê-se que sempre esteve em jogo, no desenvolvimento histórico dos crimes omissivos (Welp, 1968, p. 21 e ss.), mais a preocupação quanto ao autor do que quanto à previsão legal. Esta, em verdade, seria mera consequência daquele, uma razão especial de punir determinadas pessoas.

Por conta de tais motivos (qual o critério correto? Autor ou Lei?), a classificação não enseja unanimidade quanto à nomenclatura, tudo porque remete ao verdadeiro fundamento da distinção, levando Jescheck/Weigend (2002, p. 653) a taxar de equivocada, propondo serem chamadas a omissão própria e a omissão imprópria de, respectivamente, omissão *simples* (porque qualquer um pode ser autor) e *qualificada* (porque somente determinadas pessoas com específicas qualidades podem ser autoras), o que coadunaria com o critério *axiológico* (simples: próprios; qualificados: impróprios), não fosse o fato de ressaltar ser insuficiente a distinção pela presença da posição de garante. Isso porque, com tal distinção, não se diria *quando* e *por que* se exigiria tal posição.

Incompreensível. Afinal, a partir do momento em que diz acertada a divisão em *simples* ou *qualificados*, vê-se que o critério diferenciador reside, justamente, na *consequência* (posição de garante ou ausência de tal posição) das *premissas* (*quando* e *por que* a posição surge). Aliás, tanto é válida a distinção realizada por Juarez Tavares que mesmo Jescheck/Weigend (2002, p. 654), pouco adiante, enumeram tipos de omissão própria e imprópria que estão *previstos* em tipos próprios

no StGB, tudo de acordo com a cláusula de equiparação, expressa ou implícita nos próprios tipos.

Isso pouco importa, porque Jescheck/Weigend reconhecem estarem tão arraigados na cultura jurídica os termos consagrados que se não deveria renunciar a eles.

Por outro lado, criticamente, a opção não parece recomendável, a começar por causar confusão à primeira leitura, que requer uma explicação no intuito de afirmar não se tratarem de crimes *qualificados* (pelo resultado), tal qual conhecidos por todos. Melhor deixar como está, mudando-se somente o tratamento, como postulado por Juarez Tavares, dentro de um critério *axiológico* nos moldes aqui expostos.

A questão de como os chamar vai adiante, com Jakobs (1997, p. 946 ss.) os tratando como *primários* (próprios) ou *secundários* (impróprios). *Primários* seriam aqueles previstos em Lei, com o adendo de que, por vezes, podem ser semelhantes à ação. Aqui, mudando-se de nome, coincide-se com os omissivos impróprios previstos em tipos específicos. *Secundários* seriam aqueles onde há uma equiparação entre ação (de delitos de resultado, impassíveis de cometimento por omissão) e omissão, mediante o uso de uma cláusula geral. Critério *legal*, em suma.

Zaffaroni (2002, p. 577) e Schmidhäuser (1980, p. 523) distinguem entre *omissões de qualquer um* (próprios) e *omissões dos garantes* (impróprios), o que parece muito apropriado e nominalmente correto. Critério do autor.

Figueiredo Dias (2004, p. 682) e Roxin (2003, p. 632-7), por sua vez, entre omissões *puras* e *impuras*. Para estes autores, *puras* seriam aquelas omissões onde não haveria um tipo correspondente de ação. *Impuras*, aquelas onde seria necessária uma cláusula de equiparação. Critério legal.

Mantovani (2002, p. 58-9), entre omissão *pura* (própria) e omissão de *não impedimento* (imprópria), nos mesmos termos de Figueiredo Dias e Roxin. Legal.

Mir Puig (2004, p. 312) separa entre *omissão pura* e *comissão por omissão*. *Omissão pura* seria aquela onde os tipos prescrevem um mero não fazer algo determinado. *Comissão por omissão* é aquela onde, além do mero não fazer, exige-

se a não evitação de um resultado. Esta última pode estar descrita em tipos específicos.

Schünemann (1971) afirma residir o ponto nodal da questão na equiparação: impróprias são as omissões que podem ser equiparadas às comissões e próprias são as omissões que não podem (1971, p. 44). Critério legal.

Há outra classificação, tripartida, realizada por Silva Sanchez (2003, p. 467-80), que afirma existirem, em verdade, três modalidades de crimes omissivos: (a) omissões puras gerais, (b) de garante e (c) comissão por omissão. O fundamento deles reside em tentar evitar – o que é, reconheça-se, louvável – a suposta opção entre os extremos do desvalor da ação ou do desvalor do resultado (ao extremo do desvalor do resultado: Liszt, 2003; ao extremo do desvalor da conduta: Sancinetti, 2005), extraindo-se a dita categoria ímpar dos crimes de *omissão e resultado*, como forma especial de aparição dos crimes omissivos. Neles, haveria a previsão por um tipo determinado, mas com a exigência de resultado. Classificação semelhante adotada Rodríguez Mourullo (1993, p. 905-18).

Não procede a crítica, até mesmo porque, de acordo com o critério que aqui se utiliza, os crimes de omissão e resultado são perfeitamente adequados aos crimes omissivos impróprios (Tavares, 1996, p. 62), razão por que se mantém a distinção realizada, ou seja, bipartida entre próprios e impróprios.

Aliás, Rudolphi (1966, p. 6) e Perdomo Torres (2001, p. 24) observam que, muito embora não tenham utilizado os termos omissão própria e imprópria, é nítido que Henke e Spangenberg o fizeram, ainda que não soubessem disso.

Vê-se que as definições coincidem no essencial, ou seja, quanto à qualidade do autor que vem prevista no tipo ou numa cláusula geral de equiparação, podendo-se notar que o caminho futuro tem grande probabilidade de seguir a linha de Juarez Tavares ou Zaffaroni. Então, não é de se retirar a razão de Stratenwerth (2005, p. 457) e Maurach/Gössel/Zipf (1997, p. 179), quando dizem que a questão semântica seja meramente de conveniência. Desde, é claro, que se deixe a descoberto a premissa: se se quer distinguir pela Lei, a distinção é legal; se se quer distinguir pela posição de garante, o que as diferenciará será a mesma posição. Parece

lógico, daí porque a *conveniência*. Mas isto leva a outras conclusões, abaixo explanadas.

Viu-se que desde sempre se procurou traçar a distinção entre os crimes omissivos próprios e impróprios pela presença ou ausência de previsão típica taxativa (critério *legal*), ou pela exigência de uma certa posição de garante (critério do *autor*).

Crê o autor, contudo, que talvez a questão possa ser resolvida por uma classificação já consagrada e indiscutível, consistente na depuração dos conjuntos de elementos presentes em todos os tipos incriminadores (Cirino dos Santos, 2006, p. 108 ss.), quais sejam, notadamente, *autor*, *conduta* e *bem jurídico* (Figueiredo Dias, 2004, p. 278 ss.). Em se tratando de *tipo*, como é sintomático, o conceito é *unívoco*, razão por que a mesma classificação deve ser adotada nos tipos omissivos.

Rememorando-se, quanto ao *autor*, os tipos podem ser *gerais* ou *especiais*. Naqueles, qualquer pessoa pode praticar o crime. É o caso do homicídio (art. 121, do CP), do roubo (art. 157, do CP) e do furto (art. 155, do CP). Nos tipos *especiais*, há uma especialização do sujeito ativo, consistente no fato de que somente determinadas pessoas podem praticar o ilícito, ou seja, certas pessoas com certas qualidades ou com certo dever especial (Figueiredo Dias, 2004, p. 287). É o caso do peculato (art. 312, do CP) e da corrupção passiva (art. 317, do CP), nas quais somente o funcionário público (art. 327, do CP) pode ser sujeito ativo.

Quanto à *conduta*, os tipos podem ser de *resultado* ou de *mera atividade*. Naqueles, somente há consumação quando ocorre um evento relacionado diretamente com a atividade do sujeito ativo. É o caso do homicídio (art. 121, do CP) e do estelionato (art. 171, do CP). Nos tipos de *mera atividade*, a tipicidade se dá com a mera realização de um determinado comportamento, por si só desvalorado, do qual é prescindível o resultado. É o caso do falso testemunho (art. 342, do CP).

Quanto ao *bem jurídico*, os tipos podem ser de *dano* ou de *perigo*. Naqueles, faz-se necessária uma lesão efetiva do bem jurídico. É o caso do homicídio (art. 121, do CP). Nos tipos de *perigo*, não é necessária lesão, mas, sim, a colocação do bem jurídico em perigo. Podem ser de perigo *concreto* ou *abstrato*. Nos tipos de *perigo concreto*, há perigo efetivo ao bem jurídico, sendo que a ausência de resultado

é mera casualidade (Cirino dos Santos, 2006, p. 110). É o caso do incêndio (art. 250, do CP) e da explosão (art. 251, do CP). Nos tipos de perigo *abstrato*, a criminalização primária se daria por ser inaceitável se chegar à proximidade de um perigo concreto, dispensando-se a produção de perigo real ao bem jurídico (Cirino dos Santos, 2006, p. 110). É o caso da difusão de doença ou praga (art. 259, do CP). Esta última classificação não tem, ao menos por enquanto, importância para proposição/verificação abaixo realizada.

Eis a questão. Pode-se encontrar nos tipos omissivos os mesmos elementos. Afinal, adotando-se a classificação dos tipos omissivos de acordo com a *qualidade do autor* (presença ou não da posição de garante), nada mais se faz senão reconhecer que eles podem ser *gerais* ou *especiais*. Ou seja, *qualquer um* ou *somente o garante* poderiam o cometer, pouco importando se estão ou não previstos. Adotando-se a classificação dos tipos omissivos de acordo com a *conduta*, nada mais se faz senão reconhecer que eles podem ser de *resultado* ou de *mera (in)atividade* (porque se deixa de levar a cabo a ação determinada). Exemplificando, adotando a sistematização para os tipos omissivos:

(1) *omissão de socorro* (art. 135, do CP, *caput*): (a) quanto ao autor, *geral* (qualquer um pode praticar o crime); (b) quanto à conduta, de *mera inatividade* (basta deixar de tomar a atitude devida). Na classificação que a maioria da doutrina propõe para os crimes omissivos, tratar-se de *crime omissivo próprio*, seja porque se não requer um *resultado*, seja porque ele *está previsto*, seja porque *qualquer um* pode cometer o crime.

(2) *homicídio omissivo* (art. 121, do CP, c.c. o art. 13, § 2º, do CP): (a) quanto ao autor, *especial* (só o garante); (b) quanto à conduta, de *resultado*. Na classificação majoritária para os crimes omissivos, trata-se de *crime omissivo impróprio*, seja porque se requer um *resultado*, seja porque ele *não está previsto*, seja porque *somente o garante* pode cometer o crime.

(3) *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318, do CP): (a) quanto ao autor, *especial* (só quem tem um *dever funcional*); (b) quanto à conduta, de *mera inatividade* (não se faz necessária a consumação do contrabando ou descaminho), no mínimo. Diante da doutrina dos crimes omissivos, há controvérsia. Nela, quando

se define o *autor* como qualidade essencial, trata-se de *omissão imprópria*. Ao se utilizar a *previsão típica* como critério fundamental, está-se diante de uma *omissão própria*. Já se pode notar a confusão, resultante da diversidade de entendimentos.

(4) *maus tratos na forma de privação de alimentação* (art. 135, do CP): (a) quanto ao autor, *especial* (só quem tem a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância); (b) quanto à conduta, de *mera inatividade* (não se faz necessária a ocorrência de resultado). Classicamente, nos crimes omissivos, a classificação é cambiante. Quando se usa o critério do *autor* como fundamento, trata-se de *omissão imprópria*. Utilizando-se o fundamento da *previsão legal*, está-se diante de *omissão própria*.

(5) art. 1º, I, primeira parte, da Lei nº 8.137/90: (a) quanto ao autor, *especial* (somente quem tem o dever tributário do art. 135, do CTN); (b) quanto à conduta, de *resultado* (faz-se necessária supressão ou redução de tributo). Tradicionalmente, tem-se um crime omissivo próprio (*previsto*) ou impróprio (*por conta do dever de garante*), o que leva a confusão quanto à nomenclatura.

Perceba-se que pouco importa se o tipo é *previsto* ou *não previsto*. Há, contudo, que se perceber, em virtude da exigência legal, que sempre que se estiver diante de um tipo omissivo fundamentado pela *cláusula de equiparação* (onde há um dever de garante), sempre será exigível ser ele de *resultado*, nos termos do art. 13, § 2º, do CP. Em suma, sempre que se tratar de tipo omissivo *não escrito* (*impróprio*, segundo a unanimidade das classificações), será também um tipo de *autor especial* e de *resultado*. Classificação diversa, portanto, é encontrada nos crimes omissivos escritos, que pode ser (a) *gerais* ou *especiais* e (b) de *mera inatividade* ou de *resultado*.

Aliás, indo-se direto ao ponto e de acordo com as premissas supracitadas, pouco importa a classificação da omissão como *própria* ou *imprópria*. Afinal, o homicídio omissivo não deixa de ser um tipo (de acordo com a doutrina que o sustenta como constitucional) e, portanto, deve ser lido como tal, razão por que a mesma classificação utilizada nos tipos de ação serve para os crimes de omissão, com a devida adaptação quanto aos tipos de mera atividade, porque na omissão o que se

tem é uma mera inatividade (não física, mas só quanto à exigida) para efeitos de tipicidade.

Isto, contudo, é uma idéia que mereceria, por si só, ser objeto de maior estudo, razão por que se não a adota no presente estudo. Adota-se, para efeitos de distinção futura entre omissão própria e imprópria, como já se disse, o critério do *autor*. Mas a idéia está lançada, pois.

1.3 Sobre a cláusula de equivalência entre ação e omissão

Viu-se que o legislador brasileiro, na onda das reformas penais, optou por inserir uma cláusula geral de equivalência no art. 13, § 2º, do CP, segundo a qual as omissões serão penalmente relevantes quando haja um dever especial de evitar determinado resultado. A relevância, portanto, viria do dever.

Sem embargo, ainda que o art. 13, § 2º, do CP, diga quem são os obrigados juridicamente a evitar o resultado, parece claro que somente trata das *fontes* de tal dever (Lei, assunção de responsabilidade e ingerência), nada esclarecendo sobre o *conteúdo* dele (Tavares, 1996, p. 68), algo que gerou críticas até mesmo de Edmund Mezger (1957, p. 121).

A Lei (art. 13, § 2º, do CP) simplesmente diz quando existe o dever, mas o preenchimento dele, a adequação típica genérica, fica inexoravelmente a cargo do Juiz. É ele quem define, diante do caso concreto, se o tipo A ou o tipo B podem ter suas tipicidades preenchidas mediante uma conduta omissiva.

Em síntese: quem tiver o dever e não evitar o resultado, responde por ele, ainda que não o tenha causado. É mecanicista e naturalista demais, insuportável desde logo. Trata-se, à evidência, de cláusula semelhante à previsão de um *crimen culpae* nos Códigos penais, como havia no CP espanhol antes da reforma de 1995 e há no CP mexicano, em seu art. 9º:

“Age culposamente quem produz o resultado típico, que não previu sendo previsível ou previu confiando que se não produziria, em virtude da violação de um dever de cuidado, que devia e podia observar segundo as circunstâncias e condições pessoais.”

Para efeitos de análise, a tabela abaixo é útil, comparando o *crimen cul-pae* do CP mexicano e a cláusula de equivalência do CP brasileiro:

CP mexicano, art. 9º:

“Age culposamente quem produz o resultado típico, que não previu sendo previsível ou previu confiando que se não produziria, em virtude da violação de um dever de cuidado, que devia e podia observar segundo as circunstâncias e condições pessoais.”

CP brasileiro, art. 13:

“A omissão é penalmente relevante quando o omitente podia e devia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Como se pode ver, há alguns elementos comuns nas proposições: (a) definem a forma do crime (*imprudente* ou *omissivo*); (b) estabelecem as condições subjetivas e pessoais (*resultado potencialmente previsto/previsível* ou *poder e dever de agir*); (c) estabelecem quando há o dever de evitar o resultado; por fim, (d) ambas não estabelecem os *fundamentos* de tais deveres, deixando a cargo do Juiz decidir a aplicabilidade aos correspondentes tipos comissivos dolosos, quaisquer que sejam. O *tatbestand* (Beling, 1964), ao invés de se situar na dicotomia hipótese de fato/hipótese legal, vem dado por hipótese de fato/hipótese judicial. É, sem sombra de dúvida, hipótese escancarada de decisionismo judicial (Ferrajoli, 2002, p. 15-6).

A importância de se trazer o texto mexicano é no sentido de que no Brasil não há *crimen cul-pae*, uma vez que o legislador optou por inserir o parágrafo único do art. 18, do CP: “*salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*”; fez assim porque a doutrina correta nunca questionou a necessidade de depender a punibilidade dos crimes imprudentes de tipos específicos.

É por isso que tais situações legislativas (*imprudência mexicana* e *omissão imprópria não tipificada brasileira*) estão em franca afronta à proibição de preceitos penais indeterminados – o verdadeiro perigo para o Direito penal: Welzel, 1971, p. 40 –, violando o princípio da taxatividade, um limite irrenunciável de um Estado Democrático de Direito (Mantovani, 2002, p. 20 ss.). Há, desde longe e o que respeita à cláusula de equiparação, seriíssimas dúvidas quanto à opção de criminalização

primária utilizada (Schöne, 1974, p. 277 ss.), uma vez que está contraposta ao princípio da legalidade, materializado no ordenamento brasileiro no art. 1º, do CP (“*não há crime sem lei anterior que o defina*”), e o art. 5º, XXXIX, da CR (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”).

A observação não é nova e já havia sido atacada de forma veemente por Alcides Munhoz Netto (1983), tendo recebido um contraponto pouco convincente de Luiz Luisi em 1991 (Luisi, 1991, p. 99-111), claramente orientado em favor da mitigação da taxatividade quanto à legalidade, mas com a expressa ressalva de que em uma próxima alteração do Código penal a situação poderia ser resolvida (Luisi, 1991, p. 106).

Tal inserção só habilita, de forma mascarada, um exercício irracional do poder punitivo mediante uma cláusula analógica (Coelho, 1981, p. 211-2), travestida de integração analógica (Maximiliano, 2002, p. 268), sendo absolutamente inconstitucional por violar o princípio da legalidade (Novoa Monreal, 1984, p. 189), uma vez que *não indica os elementos que compõem a punibilidade* além da pretensa semelhança entre ação e omissão (Tavares, 1996, p. 81). Seria farisaico não reconhecer isto (Figueiredo Dias, 2004, p. 688).

E que se não diga que os tipos comissivos de resultado poderiam ser lidos como descrições simultâneas de ação e omissão de ação, razão por que a cláusula de equivalência nada mais faria que “restringir” a autoria a determinadas pessoas, como pretendem Otto (2004, p. 150) e Maurach/Gössel/Zipf (1995, p. 244). É que em nenhuma hipótese, salvo autismo gramatical, *não matará* pode ser lido como *cuidará da vida do próximo* (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 571). O problema não é só de legalidade em relação à taxatividade: como tratar a culpabilidade, preservando o princípio de injusto pessoal reprovável se sequer o tipo é conhecido *ex ante*?

A fórmula para a solução seria, efetivamente, realizar um programa de criminalização primária que previsse – tal qual ocorre com os tipos imprudentes –, ao lado dos tipos comissivos, hipóteses nas quais seria possível a tipicidade da conduta pela omissão (Tavares, 1996, p. 70; Cirino dos Santos, 2006, p. 201), estabelecendo da mesma forma quem teria o dever, naquela hipótese de fato legal, de evitar o resultado. Em suma, tipificar para “*oferecer ao crime de comissão por omissão a*

mesma determinabilidade que possuem os crimes de comissão por ação” (Figueiredo Dias, 2004, p. 689). Não é difícil.

Em face de tais dificuldades e dos supostamente fortes argumentos pragmáticos em favor da punibilidade da omissão imprópria, há autores que se resignem, aceitando-as (Figueiredo Dias, 2004, p. 689; Schünemann, 1984, p. 304; Jakobs, 1997, p. 954), mas questionando os vícios. Outros, contudo, oferecem forte resistência, taxando o dispositivo de inconstitucional por afrontar a cláusula de determinação (Cirino dos Santos, 2006, p. 202; Roxin, 2003, p. 637).

Jakobs, por seu turno, reconhece ser objetável o princípio da legalidade (em seu espectro de determinação) à tal *cláusula de complementação*, uma vez que sua “anticonstitucionalidade” somente poderia ser afirmada quando o padrão da determinação na Parte Especial fosse absoluto como norma, uma vez que ele nunca regeu na Parte Geral. Em suma: há regras de autoria e tentativa que seriam tão genéricas como a utilização da cláusula. Todas têm em comum uma determinação alcançável, ou, em outras palavras, “*a proibição de leis penais indeterminadas deve ser interpretada como proibição de não ficar para trás o âmbito de regulação respectivo, ou renunciar à determinação alcançável*” (Jakobs, 1997, p. 953-4), o que não ocorreria com a cláusula do § 13.1, do StGB. O que se não leva em consideração é que a determinabilidade de um tipo objetivo não vem dada pela regra da autoria, o que é exatamente que se passa no caso dos tipos omissivos impróprios, que têm seus tipos objetivos construídos pela interpretação de uma cláusula geral.

Em que pese a verificação da inconstitucionalidade, também é verdadeiro que enquanto não se a declara, há que se trabalhar com a vigência da cláusula de equiparação. Como evitar, então, que ela seja absolutamente irracional, restringindo sua aplicação? Silva Sanchez (2003, p. 462-3) propõe uma solução, até mesmo em vista da insuficiência da regulação do art. 11, do CP espanhol:

“Artigo 11.

Os delitos ou faltas que consistam na produção de um resultado somente se entenderão cometidos por omissão quando a não evitação deste, ao infringir um especial dever jurídico do autor, equivalha, segundo o sentido do texto da lei, a sua causação. Para tal efeito se equipará a ação à omissão:

- a) Quando exista uma específica obrigação legal ou contratual de atuar.

b) Quando o omitente tenha criado uma ocasião de risco para o bem juridicamente protegido mediante uma ação ou omissão precedente.”

Para ele, a equiparação entre ação e comissão prevista no art. 11, do CP espanhol, somente pode existir quando haja uma *identidade estrutural* entre as duas formas de conduta. É uma exigência iniludível do Direito (Silva Sanchez, 2003, p. 462), não bastando mera *correspondência* ou *equivalência aproximada*, mas, sim, que somente se a poderia verificar onde o *mandamento* tivesse o mesmo conteúdo de injusto da *proibição*: quando o art. 121, do CP, afirma que *matar alguém* seria reprovável, não diria, em verdade, que *é proibido matar*, mas, sim, que *é proibido tomar condutas que matem outros* (Silva Sanchez, 2003, p. 460). Trata-se, em verdade, de aplicar uma certa teoria das normas para a interpretação dos tipos, mormente em relação às modalidades de condutas, especialmente quando se dá um caráter de mão dupla às normas contidas nos tipos. Ou, vistas as coisas sob outro ângulo, apresentam-se semelhanças com a teoria negativa da ação típica de Herzberg (1972, p. 174 ss.): aquele que pode evitar um resultado, mas não o faz, é autor. Em fórmula plástica e pragmática, *matar ou deixar morrer é evitável; quem, podendo se orientar em sentido contrário, não evita matar ou deixar morrer é autor*.

Na teoria de Silva Sanchez, tais condutas (proibitivas/mandamentais) podem ser divididas em dois grupos. O primeiro estaria ligado às condutas de qualquer sujeito que crie ou incremente perigos juridicamente relevantes de produção de resultados lesivos ao bem jurídico. O segundo, às condutas de determinados sujeitos com responsabilidade qualificada, cujo sentido é a não realização de prestações positivas de salvaguarda que evitem o resultado lesivo do bem jurídico em perigo (Silva Sanchez, 2003, p. 461).

Em suma, a conduta que contém o injusto (processo de lesão do bem jurídico) é (a) *proibida a qualquer um* e (b) *devida a determinadas pessoas*. Há entre elas uma identidade estrutural tão-só quando existe “*especial conformação do injusto com vistas à direta proteção do bem jurídico*”, o que somente se daria (excetuada as hipóteses previstas em Lei) nos casos de crimes contra a vida, a integridade corporal e a liberdade (Tavares, 1996, p. 82). Caso contrário, corre-se o risco de implicar dever jurídico indeterminável e excessivo (Cirino dos Santos, 2006, p. 202),

que acabaria transformando o Direito penal num instrumento do poder punitivo em vista de tornar os cidadãos verdadeiros guardiões de deveres (Munhoz Netto, 1983, p. 25; Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 571).

1.4 A atenuante genérica do art. 66, do CP, e a proporcionalidade

Partindo do pressuposto que a verificação de um resultado típico decorrente de violação de deveres não se apresenta, *em regra*, tão grave como a violação das proibições correspondentes (Figueiredo Dias, 2004, p. 690), a doutrina pugna por uma punição atenuada dos crimes omissivos impróprios (Stratenwerth, 2005, p. 487). Tal solução, aliás, foi prevista na alteração, em 1969, do CP alemão, onde se incluiu o § 13, inciso 1: “*a pena pode ser diminuída (...)*”.

No Brasil, em face da omissão do legislador quanto à matéria, tomando-se como verdadeiros os argumentos que levaram à cláusula de atenuação no StGB e a incontestável origem da regulação nacional em tal Código, também se faz curial a aplicação do art. 66, do CP (Tavares, 1996, p. 82): “*a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*”. Mas mesmo tal atenuação é vista como um dogma por um setor importante da doutrina.

Por exemplo, Jakobs (1997, p. 1037-8) questiona a origem do pensamento acerca do suposto menor merecimento de pena da omissão como regra geral. Teria a omissão um conteúdo de injusto e uma culpabilidade em menor escala, como pregam Welzel (1971, p. 306-7) e Jescheck/Weigend (2002, p. 658)? Ou não haveria diferença nenhuma, como afirma Androulakis (1963, p. 243)? Para Jakobs, a atenuação somente poderia vir se a evitação do resultado pertence às funções cotidianas do omitente ou se este está chamado a salvar de perigos extraordinários. Em síntese, somente poderia ser aplicada a cláusula de atenuação naqueles casos onde ela também pudesse ser aplicada em crimes comissivos equivalentes. Afinal, não faria sentido punir uma mãe que deixa o filho morrer de fome de forma diferenciada daquela que o sufoca, uma vez que desvalor da ação/omissão e do resultado seriam equivalentes. Citando um exemplo, a cláusula já seria aplicável no caso de um ma-

trimônio despedaçado, no qual o marido não presta auxílio à esposa (Jakobs, 1997, p. 1038).

2 Estrutura dos tipos omissivos

A omissão requer um complemento, um algo: não fazer algo *determinado* (Jescheck/Weigend, 2002, p. 662), o que vai ao encontro da tese do *aliud agere*. Aliás, contra este sempre se opõem aqueles que afirmam certas hipóteses onde a conduta alternativa é perfeitamente lícita, adequada e inofensiva. O que se esquecem é que exatamente esta conduta lícita, adequada e inofensiva deve ser vista sob o *conjunto das circunstâncias*, ou seja, que ela, em determinado momento, é valorada de forma negativa. Em determinada *situação*, torna-se ilícita (Tavares, 1996, p. 70). Concretamente, a conduta de não fornecer açúcar a alguém pode ser inofensiva, exceto se tal pessoa (por ex., um filho) estiver em uma crise de hipoglicemia.

Não por outro motivo que se diz que os tipos omissivos são todos *circunstanciados* (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 573), constituídos por um *tatbestand* fático (hipótese de fato fática), chamado de *situação típica*. Sinteticamente, esta é o *conjunto de pressupostos que tornam certo autor passível de um dever de atuar*.

Mas a omissão não é somente isso, porque sua constituição – dada a univocidade do conceito de *tipo* – é feita por elementos *objetivos* e *subjetivos*. Mais ainda, como se deve lembrar, há uma *incongruência* entre a omissão própria e a imprópria, que faz com que esta tenha alguns elementos a mais.

2.1 O tipo objetivo

Em virtude de determinadas peculiaridades, o tipo objetivo de ilícito possui elementos comuns entre as omissões própria e imprópria (capítulos 3.1.1, 3.1.2 e 3.1.3), mas possui alguns elementos específicos, que somente dizem respeito a esta última (capítulos 3.1.4 e 3.1.5).

2.1.1 A situação típica e a ausência de ação

A situação típica (Roxin, 2003, p. 682) é constituída pelos “*pressupostos fáticos que permitem determinar o conteúdo concreto do dever de actuar*” (Figueiredo Dias, 2004, p. 692), por “*aquelas características que fundamentam a omissão constante no tipo, como expressão do conflito social que o Direito quer regular, através da determinação de condutas*”, englobando “*todos aqueles elementos ou supostos que se associam à inação e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato*” (Tavares, 1996, p. 77). É claro: não basta o simples não fazer; é preciso não fazer *algo* (Roxin, 2003, p. 178). E este *algo* (determinado pela Lei), como parece evidente, somente surge quando se está diante de uma situação onde exista *conflitividade* (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 483), ou seja, o tipo só faz sentido quando há *conflito* (daí a afirmação supra de Juarez Tavares).

Trazendo-se a afirmação para o campo concreto, não faria sentido falar de omissão de socorro (art. 135, do CP) a uma criança montando Lego, por mais desconcertada que ela esteja diante do desafio. Seria um *non sense*, porque a tal criança não está *abandonada ou extraviada*, mas principalmente porque o bem jurídico vida ou integridade física não estaria sequer em perigo.

Tal situação de conflito, por evidente, corresponde (como o exemplo acima faz induzir) a uma *situação de perigo para o bem jurídico*, terminologia acertadamente utilizada por Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 204), que acrescenta o seguinte: (a) na omissão prevista em tipo específico, a situação de perigo para o bem jurídico aparece explícita no tipo legal (ex.: na omissão de socorro, estar-se diante de criança abandonada ou extraviada); (b) na omissão decorrente de cláusula de equiparação, a situação de perigo para o bem jurídico está implícita no resultado descrito no tipo legal (Cirino dos Santos, 2006, p. 204), como, por ex., o pai estar diante de seu filho se afogando, com risco concreto de resultado danoso (art. 121, c.c. o art. 13, § 2º, do CP).

2.1.2 A possibilidade individual de ação

Seria irracional exigir de alguém a prestação de socorro direta e pessoal a uma pessoa que esteja em perigo a centenas de quilômetros. Também seria irracio-

nal exigir que uma pessoa que não saiba operar certa máquina de resgate que a utilize para o salvamento de terceira pessoa. É uma condição de racionalidade mínima que a Lei exija dos cidadãos algo que eles *possam efetivamente* fazer (Tavares, 1996, p. 75; Cirino dos Santos, 2006, p. 204-5; Kaufmann, 2005, p. 55), o que é uma decorrência lógica de que *ninguém pode garantir a conservação de um bem jurídico mais além do que a realidade permite* (Bacigalupo, 2005, p. 151). No primeiro caso, está-se a falar de uma impossibilidade *objetiva* (física, para Bacigalupo, 2005, p. 151). No segundo, de uma impossibilidade *subjetiva* (intelectual, para Bacigalupo, 2005, p. 151).

Ambas não são absolutas. Imagine-se o primeiro caso, alternativamente: um amigo liga a outro, avisando que durante uma escalada sofreu um acidente; solicita ajuda, dizendo que a bateria de seu celular estava a acabar, o que efetivamente ocorre, não sem antes indicar sua localização; o segundo “amigo” opta por não fazer nada, mesmo podendo e sendo o único terceiro ciente da situação. Ainda que estivesse a centenas de quilômetros de distância, ele tinha uma *possibilidade individual de agir* (*poder concreto de agir*), cumprindo notar que, no plano teórico, tal *possibilidade* deve constituir uma *probabilidade no limite com a segurança* (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 583), ou seja, possibilidade objetiva de domínio do curso causal por parte do agente (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 583), pressupondo-se a dominabilidade como requisito indissociável da verificação do tipo objetivo (Bacigalupo, 2005, p. 151), em virtude de ser o injusto pessoal. Mas o exemplo é surreal, tendo que se reconhecer que não é todo dia que acontece tal situação.

Mais concretamente, tomem-se os casos do art. 12, da Lei nº 7.492/86, e do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90:

“**Art. 12.** Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao intervenor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

“**Art. 1º.** Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;”

Há, num primeiro momento, que se dispensar eventual polêmica sobre tomar em consideração o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo – que, ao que parece, é aplicável às hipóteses (Queijo, 2003) – e, num segundo, analisar a influência do poder concreto de agir.

Na primeira hipótese (art. 12, da Lei nº 7.492/86), é prevista a punição do ex-administrador de instituição financeira que deixa de apresentar, nos prazos e condições estabelecidas em Lei, informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade ao interventor, liquidante ou síndico. Hipótese: o ex-administrador deixa de entregar aos liquidantes de seu banco determinada documentação, imprescindível ao processo de liquidação, com a ressalva de que assim não fez em virtude de os documentos terem sido destruídos em um incêndio alguns anos antes. Veja-se: (a) a *situação típica* está presente, uma vez que os liquidantes requerem ao ex-administrador documentos indispensáveis ao processo de liquidação; (b) a *ausência de ação* fica configurada, uma vez que os precitados documentos não são entregues; (c) por fim, não há *possibilidade individual de ação*, por conta da impossibilidade concreta do ex-administrador cumprir com a exigência fundada em Lei. Não há tipicidade objetiva, portanto (falta de dominabilidade).

Na segunda hipótese (art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90), a Lei prevê punição daquele que suprime ou reduz tributo devido mediante a omissão de informação às autoridades fiscais. Caso: diretor financeiro de uma empresa em seriíssimas dificuldades financeiras não tem disponibilidade sequer para recolher os tributos devidos ou pagar os funcionários. Análise: (a) a *situação típica* está presente, porque os tributos devem ser recolhidos em época específica; (b) há *ausência de ação*, uma vez que o diretor tem o dever (de *garante*: conferir Stratenwerth, 2005, p. 474) de recolher os tais tributos, que não o foram; (c) por fim, não há *possibilidade individual de ação*. Aqui, a tipicidade objetiva também é excluída.

Para que se não gerem confusões, diferente seria a hipótese daquele que tendo dinheiro em caixa somente para uma das duas opções *opta* por pagar os funcionários. Em tal caso, há *possibilidade individual de ação* (tanto que é exercida e o curso dos acontecimentos pôde ser dominado), mas o Direito não lhe poderia repro-

var, porque não lhe era exigível recolher os tributos, razão por que se exclui a culpabilidade (e não a antijuridicidade, porque os bens jurídicos são ambos de terceiros).

Em suma, o resultado (de perigo ou de lesão) somente pode ser reconduzido à conduta do omitente se este estava em condições de levar a cabo de fato uma das ações que em teoria poderiam ter evitado o resultado (Stratenwerth, 2005, p. 479; Kaufmann, 2006, p. 116 e ss.; Welzel, 1976, p. 282). Nada mais que *dominabilidade*, aplicável a qualquer tipo e prevista para os tipos omissivos decorrentes da cláusula de equiparação do art. 13, § 2º, do CP: “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. A redação do tipo, como já anotou Cirino dos Santos (2006, p. 205), é defeituosa pela inversão. É que só se pode pensar num *dever agir* quando o sujeito *podia agir* (não se pode falar no cumprimento de um dever impossível de ser dominado: Roxin, 2003, p. 178).

Mais ainda, crê-se que a referência ao *dever* é útil (contra, Cirino dos Santos, 2006, p. 205), justo porque delimita as consequências da posição de garante, ou seja, que o garantidor tem o dever de evitar um resultado, ainda que a delimitação do dever venha nas alíneas do art. 13, § 2º, do CP. Nunca é demais deixar as coisas bem claras, notadamente em face do princípio da legalidade.

2.1.3 Omissão da ação mandada

Estando diante de uma situação típica que faz surgir um dever, o agente pode optar por se omitir, ou seja, levar a cabo uma *inação* em relação ao que é determinado pelo tipo. Em suma, há uma *ausência de ação exigida*, um descumprimento de um dever jurídico de agir (Roxin, 2003, p. 683). O sujeito nada faz quando deveria fazer algo (Muñoz Conde, 1991, p. 39). Isso parece lógico (Jescheck/Weigend, 2002, p. 663).

Mais ainda, fala-se de inação sempre de forma referenciada, normativa (não fazer *algo determinado*). É a “*não-realização da ação de proteção do bem jurídico em situação de perigo, por um autor concretamente capaz de agir*” (Cirino dos Santos, 2006, p. 205). Afinal, “*ao legislador igualmente não importa a mera inação, mas esta naquelas circunstâncias tipicamente descritas*” (Cirino dos Santos, 2006, p. 205). Em suma, não basta, na omissão de socorro, estar diante de uma criança em

perigo; é necessário não fazer nada do exigido (o que é distinto de ficar inerte, deixe-se bem claro) diante de tal situação (Kaufmann, 2006, p. 113).

2.1.4 Nos tipos de omissão imprópria, o resultado imputável

O art. 13, do CP, leva a uma inequívoca interpretação, qual seja, nas omissões decorrentes de cláusula de equiparação, é necessário o resultado: “*a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*”, omissão que deva ser a “*causa (...) sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.

Omissão enquanto causa do resultado evoca causalidade; e esta, no estrito sentido naturalístico (como causalidade *real*: Cirino dos Santos, 2006, p. 206) da condição enquanto primeiro degrau da imputação do resultado à conduta, não é passível de apreensão ôntico-fenomenológica (Kaufmann, 2006, p. 76 e ss.; Welzel, 1971, p. 276). Em suma, ainda que o CP brasileiro, em seu art. 13, adote a teoria das condições, ela é claramente insuficiente (mas jamais inútil, como quer Roxin, 1997, p. 350) para a resolução de problemas e limitação do exercício do poder punitivo (Figueiredo Dias, 2004, p. 304-13), causando confusão, como bem demonstra Günther Jakobs (1997, p. 959):

A omissão, como negação de um emprego de energia, não constitui uma magnitude negativa, mas sim que não é magnitude alguma, é o nada, e conseqüentemente, por definição, aquilo que está suprimido mentalmente e que se não pode voltar a suprimir mentalmente. Ademais, o suprimir mentalmente se refere à subtração, enquanto que o princípio da *duplex negatio*, em que se busca a solução, rege para a multiplicação.

Perceba-se que não há como saber, *exceto por certeza científica e não por hipótese*: (a) se a utilização de ração animal ao gado possa causar em humanos que da carne se alimentem a “doença da vaca louca”; (b) se a falta de tratamento radiológico nuclear em determinados alimentos cause certas doenças; (c) se a talidomida produz efeitos teratológicos. Ou seja, a fórmula pressupõe o que justamente deveria provar (Roxin, 1997, p. 350; Figueiredo Dias, 2004, p. 307). Todos são exemplos de ações, mas na omissão a situação é pior, como fez demonstrar Juarez Tavares (1996, p. 54-5), mormente porque se não pode eliminar aquilo que nunca

existiu (afinal de contas, o resultado teria existido de qualquer forma). Não por outro motivo esta é “*uma das questões mais infecundas*” que sempre se teve na doutrina penal (Liszt, 2003, p. 230), algo que prova quão difícil é às ciências penais cortar o cordão umbilical com as categorias naturalísticas (Jakobs, 1997, p. 959). Qual a solução, então?

Há que se construir uma causalidade normativa (Roxin, 2003, p. 639), fundada na eliminação da ação que hipoteticamente o agente deveria praticar (Tavares, 1996, p. 56). Assim, cai bem a *teoria do incremento do risco*, majoritária na doutrina moderna (por todos, Roxin, 1997, p. 380; contra: Jakobs, 1997, p. 962-3) desde que adaptada à especificidade dos crimes omissivos (Roxin, 2003, p. 178-9). É que quando se está a tratar de comissão, fala-se de *criação do risco* ao bem jurídico, mormente na imputação objetiva do resultado à conduta (Roxin, 1997, p. 342; Cirino dos Santos, 2006, p. 127), algo inaplicável à omissão, uma vez que o risco é preexistente. Faz-se necessário interpretar o que significa *omissão como causa*, ou seja, *omissão enquanto determinante de um determinado resultado* (Roxin, 2003, p. 684; Jescheck/Weigend, 2002, p. 665; Cirino dos Santos, 2006, p. 206).

Um dos pontos nodais na omissão é que se não está a falar propriamente de uma causalidade, tal qual se a tem na comissão, mas, antes, de um problema concreto de se determinar uma imputação de resultados evitáveis (Jakobs, 1997, p. 961). Na omissão, “*mais importante do que a causalidade é determinar se, com seu comportamento, o sujeito tenha diminuído as chances de se evitar o resultado*” (Tavares, 1996, p. 57). A maioria da doutrina opta pelo critério da *probabilidade próxima da certeza*, ou seja, atribui-se ao autor o resultado se a realização da ação mandada o tivesse evitado (Cirino dos Santos, 2006, p. 206; Jescheck/Weigend, 2002, p. 667; Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 583; Figueiredo Dias, 2004, p. 695; Jakobs, 1997, p. 962; Stratenwerth, 2005, p. 477; Bierrenbach, 2002, p. 53-4; Tavares, 1996, p. 59).

Em fórmula plástica que sintetiza o exposto, “*será causal a omissão quando a não execução da atividade possível para evitar o resultado tenha diminuído as chances de sua não verificação*” ou, melhor ainda, “*em face da possibilidade de evitar a ocorrência do resultado, tenha diminuído essa possibilidade, aumentando o risco de sua produção*” (Tavares, 1996, p. 59).

Por evidente, há que se concordar com Cirino dos Santos (2006, p. 206) e Jescheck/Weigend (2002, p. 666), ao tratarem da hipótese de não se poder provar a causalidade com a segurança necessária próxima à certeza. Em tal caso, em se tratando de matéria de imputação, sobremaneira dependente de prova, tem plena vigência o princípio do *in dubio pro reo*, devendo a imputação receber resposta negativa em caso de dúvida (Figueiredo Dias, 1974, p. 211-9).

2.1.5 Nos tipos de omissão imprópria, a posição de garante

Somente pode ser autor de um tipo omissivo aquele que se encontre diante de uma situação típica, tenha capacidade concreta de agir e não aja, mesmo possuindo o dever determinado pela Lei. Em determinados tipos omissivos, qualquer um pode estar diante da situação típica. Em outros, certas pessoas; os garantes. De qualquer forma, já não se questiona mais serem os elementos atinentes ao *autor* pertencentes ao tipo (Figueiredo Dias, 2004, p. 278-9), razão por que se os estuda de forma detalhada (Roxin, 2003, p. 684).

2.2 A posição de garante que gera o dever de impedir o resultado

De acordo com o art. 13, § 2º, do CP, estão juridicamente obrigados a evitar o resultado aqueles cujo dever de agir venha de: (a) Lei que prescreva obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) ter assumido a responsabilidade, de outra forma (que não a Lei), de impedir o resultado; ou (c) que tenha criado com seu comportamento anterior o risco de se produzir o resultado. Tal círculo de autores define um pressuposto indissociável da existência de um dever jurídico de responder pela não evitação de um resultado.

O fato de se ter legislado sobre a matéria (já se disse que a inclusão veio, no Brasil, em 1984) não retira o caráter de perplexidade que a circunda (até porque a mera *tipificação*, por si só, não dá cumprimento à *legalidade* ou à *legitimidade*: Azevedo, 1989). Afinal, de onde saiu a idéia de que em determinadas situações certas pessoas são responsáveis pela evitação do resultado? Como e por que tais pessoas são alçadas à condição de garantidor (garante) do bem jurídico?

Não por outro motivo se faz necessária uma explicação sobre as teorias que se ocupam do estudo das condições necessárias para tal dever especial estar presente. Sinteticamente, sobre os fundamentos da posição de garante.

2.2.1 Teoria clássica das fontes jurídicas

É sobre Feuerbach, um dos primeiros a se preocupar com a equiparação entre ação e omissão na doutrina penal alemã (Welp, 1968, p. 25; Jescheck/Weigend, 2002, p. 647), que se pode começar a estruturar uma teoria sobre a posição de garante. Para ele, a sociedade civil visa garantir a liberdade recíproca de todos os cidadãos sendo, pois, uma *condição jurídica* (1989, p. 58). Como toda forma de lesão jurídica contradiz os objetivos do Estado, nada mais natural possam existir institutos aptos a impedir tais lesões (1989, p. 59), notadamente institutos cogentes. Tal coação pode se dar em uma forma prévia ou posterior (1989, p. 59). Como toda coação física posterior (prevenção especial) não é suficiente para impedir as lesões (porque algumas são irreparáveis), faz-se necessária, por parte do Estado, a instauração de uma coação psicológica (1989, p. 60), em comum esforço pelos poderes executivo e legislativo, destinada a impedir que a sensualidade do homem o leve a cometer delitos (1989, p. 60).

Eis a necessidade da pena: garantir a liberdade mediante a intimidação pela lei, que deve cominar penas de forma prévia (1989, p. 61). Concludentemente, *“toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservar os direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível”* (1989, p. 63). *Nulla poena, nullum crimen sine lege* (1989, p. 63).

Crime é a lesão da liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pelas leis (1989, p. 64). Da mesma forma que o Estado possui direito a legislar proibindo, tem também direito a legislar determinando que o cidadão se omita de praticar essas ações proibidas, que atinjam o próprio contrato social (1989, p. 65); há um crime omissivo sempre que uma pessoa tem direito a exteriorização efetiva da atividade, porque a omissão é a *obrigação originária do cidadão*. E, assim sendo, o cri-

me omissivo sempre pressupõe um especial fundamento jurídico (lei ou contrato), que dá base à obrigatoriedade da comissão (1989, p. 66).

Perceba-se que para Feuerbach, a existência de crimes omissivos somente pode ser legítima como forma de garantir a liberdade de outros e nunca como forma de impor uma determinada moral. Sinteticamente, trata-se de deveres que podem ser impostos, sob ameaça de pena; delitos de ação são aqueles nos quais o fundamento jurídico da punição é a lesão de dever ameaçado com pena, cujo conteúdo é uma omissão (*não matarás; deverás se abster de matar*); delitos de omissão têm como conteúdo um *atuar* determinado por uma lei ou um contrato (*deves ajudar*). Mais ainda, somente podem ser punidos aqueles comportamentos exteriorizados pelo cidadão.

Eis uma das primeiras linhas do princípio da secularização, qual seja, a estrita separação entre Moral e Direito (Ferrajoli, 2002, p. 203 ss.; Carvalho, 2003, p. 22-35), mas, no que toca ao tema do presente texto, a punibilidade de determinadas pessoas vinculadas estritamente a pressupostos materializados: *lei* e *contrato*, que tenham como conteúdo um atuar.

De acordo com Perdomo Torres (2001, p. 23-4) e Jescheck/Weigend (2002, p. 647), foi Spangenberg (1821) quem afirmou, na seqüência de Feuerbach, que a lei conteria um catálogo de obrigações *demasiadamente estreito* para fundamentar a formação de deveres; era necessário ir além, motivo por que alicerçou outros deveres, originários de *relações jurídicas especiais*, fundadas em outros lugares que não a Lei.

Henke, em 1823 (1996), da mesma forma que Spangenberg, considerou que existiam deveres gerados pela *lei* e por *relações jurídicas especiais*, ou seja, aqueles que estabelecem entre certos indivíduos um *vínculo estreito*, que as obriga mutuamente à prestação de ajuda e amparo: casamento, soldados e superiores.

Nasceu, assim, o conceito atual de *estreita comunidade de vida*, assumido de uma vez por todas pelo julgado da Sala 1ª em assuntos penais do Tribunal Supremo do Reich (RGSt) alemão, de 10 de outubro de 1935, como uma fonte jurídica que gera a posição de determinada pessoa como garantidora de um bem, independentemente de qualquer regulação legal. Deveres morais (matrimoniais, paren-

tais), de tal forma, poderiam gerar deveres jurídicos, acima de qualquer lei e contrato, consoante se reafirmou nas decisões posteriores do RGSt (Albrecht, 1998, p. 30).

Por fim, Stübel, em uma monografia de 1828 que tem o mérito de também ter criado o conceito de *autor mediato* (1928), acabou por demonstrar a existência de uma relação especial que obriga a um dever (1928, p. 60 ss.): em determinadas situações, um *atuar precedente* que coloque alguém em perigo também geraria tal dever. Eis o conceito de *ingerência*. Por sinal, ao “*complementar [aquelas] causas de nascimento com fontes jurídicas não formais, isto é, ingerência e estreita comunidade de vida, suprime a conexão estrita da omissão imprópria com deveres jurídicos extrapenais*”, sendo o primeiro passo rumo à materialização das funções (Jakobs, 1997, p. 968).

Feuerbach, Spangenberg, Stübel e o RGSt. Estes são as verdadeiras fontes primárias (*teorias clássicas*) dos deveres de garante atualmente reconhecidos pela doutrina e pelos códigos, *Lei, contrato, atuar precedente e estreita comunidade de vida*, reconhecidos pelo CP brasileiro no art. 13, assumidamente positivando a *teoria formal*. Não é de espantar tivesse a teoria se desenvolvido sob o manto naturalista positivista, onde a certeza e a segurança eram valores fundamentais (Figueiredo Dias, 2004, p. 699). Seria desavisado também não reconhecer que com o advento do neokantismo os pilares da teoria formal fossem abalados, com o apegamento a novos pressupostos.

Mas isto – ou seja, explicitar certas *posições* – nada esclarece quanto a, por ex., quais bens e por qual motivo estão protegidos por mandamentos dirigidos a determinadas pessoas. Ou, pior, qual o perigo anterior necessário para *formalizar* o dever de atuar? Qual a consequência de um contrato nulo? Quais os efeitos de um contrato assumido, mas não vigente, onde há resultado? Todas são questões que ficaram para o próximo capítulo da discussão.

2.2.2 Teoria das funções

Cessado o período da teoria clássica das fontes jurídicas, imperou o causalismo neokantiano, que dirigiu todos os desenvolvimentos das teorias sobre as posições de garante. Tratava-se, na verdade, de reconhecer uma equiparação entre

ação e omissão – que somente pode ter vindo pela falta de idéias claras do legislador, de acordo com Merkel, 2004, p. 40 –, partindo-se do pressuposto de que haveria uma *causalidade* na omissão (por todos, Luden, 1840, I, p. 474, com seu *atuar simultâneo*: cada mandato contém uma proibição e vice-versa), o que prejudicou o desenvolvimento doutrinário sobre o *dever especial*, que já se encontrava pressuposto (Perdomo Torres, 2001, p. 33), inquestionável. Um dogma.

Notadamente, o neokantismo começou a se preocupar com a insuficiência da delimitação formal dos deveres de garante, partindo para a fundação da infração do dever num sentido de ilicitude material (Figueiredo Dias, 2004, p. 701), tentando explicar os *fundamentos* das precitadas posições de garante. A bem da verdade, fica a nítida sensação que se procurava ajeitar e convencer, pintando um quadro cuja moldura já estava colocada.

De toda forma, é a Kaufmann (2006, p. 249 ss.) que se atribui a propriedade da teoria das funções de garante, mas, antes, cabe uma pequena nota sobre a colocação sistemática da posição de garantidor do bem jurídico junto ao tipo.

Para Kaufmann (2006, p. 258), Nagler (1938, p. 51-9) estava correto quando afirmou existirem omissões absolutamente autônomas, que representam meramente manifestações do delito comissivo fundamentado substancialmente por uma proibição determinada; mais ainda, concorda que não é todo omitir que equivale à atividade, senão que deve existir uma relação de dever especial, em virtude da qual o obrigado se converte em *instância de proteção* para o valor jurídico protegido, no contexto social (Nagler, 1944, p. 62 ss.). Tal *obrigado* há de ser qualificado como *garante*. Tal posição de garante, por seu turno, deve ser considerada como um elemento não escrito do tipo (Nagler, 1938, p. 59).

Eis uma premissa fundamental: a posição de garante está no tipo.

A teoria das funções, contudo, não é somente isso. É mais.

Ela reconhece que os deveres de garante são embasados em *funções*: (a) de *guarda de um bem jurídico concreto* ou (b) de *vigilância de uma fonte de perigo determinada*.

No primeiro caso (*guarda*, pois), está-se a falar da criação de deveres de *proteção* e *assistência* de determinados bens jurídicos. No segundo (*vigilância*, então), está-se a tratar da geração de deveres de *segurança* e *controle*.

Na *guarda*, há a função de “*defesa de todos os flancos*” do bem jurídico concreto contra perigos de todo gênero (Kaufmann, 2006, p. 290): proteger um sujeito (ou bem jurídico) determinado contra situações de perigo indeterminadas (Cirino dos Santos, 2006, p. 207; Jescheck/Weigend, 2002, p. 670-2).

Na *vigilância*, é a função de “*pôr fim a uma concreta fonte de perigos*” para quaisquer bens jurídicos ameaçados por alguma fonte (Kaufmann, 2006, p. 290): vigiar uma fonte de perigo determinada para proteger pessoas indeterminadas (Cirino dos Santos, 2006, p. 207; Jescheck/Weigend, 2002, p. 673-7).

Perceba-se que a *teoria da função* somente se satisfaz com a exposição da *função* que deve ser *cumprida* (proteger um bem jurídico ou controlar uma fonte de perigo), mas não mostra o *motivo* da posição de garante. Alguns autores, contudo, procuram encontrar uma solução. O primeiro deles, que foi considerado um opositor a Kaufmann em vista da proximidade dos trabalhos, é Nikolaos Androulakis (1963).

Para Androulakis, o que importa para a equiparação entre ação e omissão é a *proximidade social* (e não espacial!), que deve responder a perguntas de ordem ontológica e axiológica (1963, p. 219). Num primeiro momento, o não atuar deve ser *ontologicamente comparável* a uma *ação possível e com sentido*, à qual o sujeito optou por se furtar (1963, p. 159), mesmo *estando colocado ao lado*. Este “estar ao lado” é estar *previamente* colocado *para alguém ou para algo* (1963, p. 207), como resultado de uma ordem social estreita, tal qual família, matrimônio e co-habitação. Afirmada essa relação ontológica, cabe verificar um pressuposto *axiológico*, relativo ao merecimento de pena e à punição, mas, antes de tudo, à valoração do caráter objetivo dos conteúdos ontológicos (1963, p. 222).

Já Rudolphi (1966) utiliza critérios fáticos e normativos. De acordo com ele, a base para a existência da posição de garante só vem pela aplicação dos princípios e regras de decisão do conteúdo de injusto da ação à omissão (1966, p. 96). Em suma: ação e omissão possuem o mesmo desvalor do resultado e, portanto, de-

vem ser punidas iguais. Para encontrar um “desvalor de ação” no nada (na omissão) equivalente, deve-se verificar a situação objetiva consistente no fato de que o autor da omissão é *figura central* do sucesso lesivo, ou seja, desenvolve um papel na sociedade (1966, p. 99 ss.).

Com base nisso, afirma (parecido com Kaufmann) que existem (a) posições de garante *primárias*, que resultam de forma imediata de determinadas circunstâncias ou dados da vida social, destinadas a proteger aqueles que por si só não conseguem e (b) posições de garante *secundárias*, que surgem de um comportamento anterior perturbador (1966, p. 106-10). Indaga, contudo, sobre a validade de tal classificação e a necessidade de constante perquirição de sua legitimidade (1966, p. 106). A síntese final: o fundamento da existência da posição de garante é a *necessidade social*. O que ela venha a ser, é outro problema.

Wolff (1965) trabalha sobre o conceito de *provocação*; e a equivalência vem do fato de se causar (*provocar*) um mal tanto na ação como na omissão (1965, p. 33). O omitir, por sua vez, somente tem dignidade jurídica quando haja uma relação de dependência originária (filho em relação ao pai, por ex.) ou dependência com o autor (ingerência). Evitar o resultado nestas situações é mais que esperado: é a orientação normal da vida, e quem não o faz se omite de forma penalmente relevante (1965, p. 37). Causa dúvidas irresolúveis, para dizer o mínimo, até mesmo pela recorrente busca de uma causalidade naturalística na omissão.

Bärwinkel (1968) desenvolveu a *teoria sociológica dos rols*, segundo a qual a determinação das relações de garantia depende do conceito que se tenha de injusto, sendo a única válida a que o conceba de forma ético-social, onde o valor mais importante seja o bem-estar comum (1968, p. 92-4). Onde a ética social e o bem-estar estejam lesionados, existe um dever necessário e premente para um próspero viver (1968, p. 95-7). As condições para punir somente podem ser obtidas através de um olhar sobre as estruturas sociais, nas quais surgem determinado número de rols (1968, p. 98) que visam resguardar bens jurídicos sem os quais a própria sociedade se vê afetada (1968, p. 99). Em suma, *para garantir a sociedade, é necessário garantir bens; daí a posição de garante, de quem se espera fazer algo de acordo com pautas predeterminadas* (1968, p. 105-6).

Rol significativo é aquele necessário ao *bem-estar comum*, ao bem viver (1968, p. 112-4). Para que se determine quais bens e quais relações são fundamentais à verificação da posição de garante, diz que devem ser levados em consideração elementos valorativos (aproxima-se de Rudolphi): *grau do perigo, qualidade ou valor do bem, posição de monopólio* (1968, p. 118-23). Rol é norma objetiva de comportamento *concebida através da objetivação moral* (1968, p. 109), ou seja, pouco importa o *jurídico*, que é somente um indício da existência do rol (1968, p. 132).

Para Pfliegerer (1968), o que está em jogo é um *processo análogo* (1968, p. 126), no qual se comparam omissões: a do caso concreto e alguma em que esteja fora de dúvida a equiparação, onde nem seja necessário se perguntar por que existe a posição de garante (1968, p. 96). É o caso da mãe que deixa o filho morrer de inanição, que servirá de caso paradigmático na determinação de outros casos. Sinteticamente, parte de posições de garante que são um dogma (posições paradigmáticas) para estabelecer quando as mesmas posições de garante se aplicam a outros casos (casos comparados). Analogia, para dizer o mínimo ou, como percebe Jakobs (1997, p. 954), “*não é possível deduzir de um dever de responder outro dever análogo, e assim sucessivamente, porque tais associações valorativas poderiam continuar sendo feitas indefinidamente*”. Aliás, a proposição de Pfliegerer é semelhante à de Stratenwerth (2005, p. 459), no sentido de que uma eventual equiparação somente poderia ocorrer naqueles casos onde ela se imponha irrecusavelmente.

Schünemann (1971), em sua dissertação, centra o foco do fundamento da responsabilidade do garante no *domínio sobre a causa do resultado*. Para ele, a equiparação entre ação (modelo básico) e omissão é fora de dúvida em determinados casos. O centro da imputação reside no fato de que a pessoa tem domínio sobre seu corpo (1971, p. 233) e, podendo os dominar, deve ser responsável por tais atitudes (1971, p. 235). Dividindo as causas do resultado da omissão em duas: (a) uma estação do curso causal e (b) o desamparo especial da vítima. A imputação somente pode ocorrer quando o omitente domine uma dessas duas causas da mesma forma que dominaria eventuais causas nos crimes comissivos (1971, p. 243).

Descreve, a seguir, algumas formas de aparecimento do domínio sobre a causa: (a) *domínio atual sobre um âmbito objetivo de perigo*, cujo fundamento é o trânsito na sociedade com coisas que podem se tornar perigosas (1971, p. 281), e (b) *relações de autoridade entre pessoas*, cujo alicerce reside em se encontrar próximo a pessoas expostas a perigo e que estejam submetidas à esfera de domínio do omitente (1971, p. 323-5). Consequência lógica do item (a) é a refutação de deveres de salvamento, porque a eventual omissão não seria dominável de forma *atual* em suas causas (1971, p. 290).

Por outro lado, há quem negue a própria posição de garante.

Para Freund (1992), o conceito “posição de garante” nada mais é que uma cápsula formal que proporciona toda sorte de soluções, uma vez que abriga qualquer classe de conteúdos (1992, p. 42-3). Analisando as atribuídas funções, chega à conclusão que sequer o conceito pode fazer parte dos elementos do tipo omissivo (1992, p. 44). Por qual motivo a posição de garante acabou por substituir a equivalência como um elemento do tipo? Esta é a pergunta que faz o supracitado autor (1992, p. 47). Para ele, a questão da equivalência diz respeito à conduta típica: o conteúdo do injusto da omissão é equivalente ao da comissão, seja porque a utilidade da norma é igual (1992, p. 54-60), seja porque existe responsabilidade especial do autor (1992, p. 68-70). Na omissão, a norma é útil e legítima porque facilita o viver em comunidade. Quanto à responsabilidade especial, trata-se do exercício de liberdade e a aquisição de deveres como contrapartida: na omissão, está-se em uma posição especial que implica alguns deveres (1992, p. 72). Em síntese, *tanto o mandato de evitação de perigos como a proibição de gerar perigos se assentam na utilidade da norma e na responsabilidade especial dos autores*. Afirmando-se ambas, cumpre-se o requisito do *nullum crimen sine conducta*, que nada tem a ver com o tipo.

Gallas (1989), em sentido semelhante, afirma que relações paternas, matrimoniais, de comunidade de vida estreita, bem como outras criadas ao bel-prazer pela jurisprudência sob critérios aparentemente materiais, nada mais poderiam que fundamentar um dever moral, jamais jurídico, muito menos penal (1989, p. 67 ss.). Todavia, admite que o atuar precedente do garante possa colocar o bem jurídico em

perigo, ou numa situação de extrema dependência, que leve à colocação do dever (1989, p. 91-2).

Sangenstedt (1989) tem um posicionamento parecido com o de Schünemann ao afirmar que o cerne da imputação reside, na omissão, no domínio na esfera objetiva geradora de riscos (1989, p. 381), ou seja, o omitente deve ser punido porque domina os riscos potencialmente geradores de resultado. Trata-se de um poder de decisão absoluto, do autor da omissão ou ação, que o leva à punição (1989, p. 410).

Jakobs (1997 e 2003), como é notório, traz para o Direito penal a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (2004), na qual o homem é um subsistema. Partindo-se do pressuposto que a *obrigação originária* do homem tem como fundamento um conteúdo negativo, consistente em não ser perturbado em sua existência (Jakobs, 2003, p. 41), não se pode cogitar somente possam existir deveres negativos, ou seja, de não ofender os outros. É preciso mais. É necessária a existência de deveres positivos, de prestação.

Assim, não faria sentido distinguir ação e omissão. É lógico, isso sim, separar entre responsabilidades: (a) *em virtude de competência pela organização* e (b) *em virtude de incumbência institucional* (1997, p. 949). Por exemplo, na imputação decorrente de geração anterior de risco (tanto faz se na omissão ou na ação), o que está em jogo é a responsabilidade em virtude de competência de organização. Na imputação ao autor da omissão primária (pura), trata-se de *deveres de incumbência institucional*, desde que enxergado um subsistema (homem) a serviço do sistema (sociedade) (1997, p. 971).

Referindo-se aos deveres *em virtude de competência por organização*, Jakobs esclarece que a expectativa normativa é dirigida à evitação de consequências que possam ser exteriorizadas na forma de lesão a bens jurídicos pela organização do autor. Seria a *obrigação originária* do cidadão, nas palavras de Feuerbach (1989, p. 66). Aqui entram em questão os *deveres de garantia no tráfego*, no sentido de que todos são responsáveis por suas atitudes, mormente se elas podem gerar consequências danosas a terceiros (Jakobs, 1997, p. 974).

No caso de *salvamentos*, o que releva é o fato de que determinados perigos fugiriam à competência das pessoas competentes, o que levaria a evitação de perigos à competência de terceiros, sob o fundamento de que todos devem garantir o restabelecimento da configuração adequada (Jakobs, 1996, p. 24). Existem também *deveres de salvamento* quando o autor reivindica para si *riscos especiais*, seja por comportamento antijurídico, seja por um ajustado.

Por fim, relativamente aos *deveres na competência institucional*, tratam-se daquelas obrigações relacionadas a determinadas instituições que são necessárias à formação de um mundo comum com um beneficiário. A razão de ser do dever é a obrigação decorrente de uma conexão positiva entre âmbitos vitais.

2.2.3 Teoria material-formal

Há que se reconhecer que o Código Penal brasileiro traça um limite no art. 13, § 2º. Pequeno, mas traça. Afinal, reconhece um critério formal de estabelecimento das posições de garante, distintamente começando por atribuições de posições em virtude da Lei. E é com isso que se deve operar. Mas se torna evidente, como exposto pela teoria das funções, que só o critério formal não basta. É preciso mais. Para conter e limitar o poder punitivo, sempre é preciso mais, porque o Direito penal é um *unfinished* (Zaffaroni/Batista, 2003, p. 200), sempre a ser construído na funcionalidade limitativa. Por tal motivo é que se assume a relevância, com Figueiredo Dias (2004, p. 702 ss.) da adoção de um *critério material-formal*:

A verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia reside em algo muito mais profundo, a saber, na valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo formal, através da qual a comissão por omissão vem a equiparar-se à acção na situação *concreta*, por força das exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade.

Discorda-se, tão-só, quando o precitado autor faz questão de afirmar residir tal solidariedade num fundamento cristão (Figueiredo Dias, 2004, p. 702), até mesmo em face da secularização do Direito penal. Mais ainda, coloque-se o que quiser no lugar de Cristo e o fundamento continuará sendo metafísico, imponível tão-

só pela moral. Para o Direito, é preciso mais, muito mais, para que se não punam desvios exclusivamente morais.

Aliás, é o que se pode inferir da afirmação de Tavares (1996, p. 70):

Ao investigarmos a fundo os deveres de agir, vemos que esses não se podem limitar apenas a fontes formais, o que demonstra que possuem um conteúdo muito mais abrangente, a indicar que a omissão não constitui matéria exclusivamente jurídica, mas encerra um componente pré-jurídico inafastável, que é o sentido social empreendido nas relações entre as pessoas, através das quais se exige de algumas proteção para com as outras.

Assim, é preciso que o fundamento seja *estritamente jurídico* e não moral, ou seja, ainda que fundado no sentido social empreendido nas relações entre as pessoas (Tavares, 1996, p. 70), que esteja amparado primordialmente pelo ordenamento jurídico vigente e ele, no caso, começa pela Constituição da República, que estabelece uma premissa de *bem-estar e fraternidade* (CR, preâmbulo), onde a *cidadania* e a *dignidade humana* são fundamentos republicanos (art. 1º, da CR) e a construção de uma sociedade *solidária* (art. 3º, da CR) é uma meta que se impõe. Aliás, são os mesmos fundamentos que comandam ao cidadão que contribua com parte de seu patrimônio, dentro da esfera tributária (Oliveira, 2006, p. 126-37; Miranda, 2001, p. 181; Pontes, 2000, p. 105; Sousa, 2006, p. 288-301). *E isto nunca se questionou de forma cientificamente séria e comprometida*, mesmo que fosse o mais individualista possível.

O limite, claro, é a *ofensividade* (Mantovani, 1979, p. 183-209; Racci, 2001, p. 99-100; D'Avila, 2005, p. 63-90; discorda Figueiredo Dias, 2004, p. 290), mas com o balizamento da *solidariedade*, da *legalidade*, da *secularização* (Ferrajoli, 2002, p. 203-10; Carvalho, 2001, p. 5-19), bem como de todos os outros princípios de Direito penal (restritivamente: Roxin, 1997, p. 67).

Em suma, é isto. Não é inconstitucional exigir dos cidadãos que protejam seus filhos, desde que haja Lei específica tratando dos deveres paternais, como há (veja-se capítulo 3.3.1), tanto quanto não é inconstitucional exigir dos cidadãos ofereçam parte de sua renda para contribuir com os objetivos de uma República Democrática, desde que superadas as dúvidas que poderiam surgir quando do conflito en-

tre secularização e criminalização primária de normas puramente mandamentais, como exposto na introdução do presente trabalho.

2.3 Causas-fonte do dever de garante

Para Roxin (2001, p. 143), há dois grandes grupos de posição de garante: (a) *a assunção de uma função de proteção* e (b) *dever de vigilância de fontes de perigo*, os quais, para Stratenwerth (2005, p. 460), são respectivamente e de forma muito apropriada, (a) *garantes de proteção* e (b) *garantes de segurança*, o que ajudaria a delimitar o caminho rumo a uma posição material de definição dos deveres de garante.

Jakobs (1997, p. 971), sempre de acordo com seu funcionalismo sistêmico, divide entre (a) *deveres em virtude de responsabilidade por organização* e (b) *deveres em virtude de responsabilidade institucional*.

Contudo, sua opção não merece ser seguida, até em virtude da afirmação que a fonte jurídica formal é secundária em tal classificação, porque a lei não criaria a posição de garante (1997, p. 971). Ora, isto parece contraditório porque dá sintoma de um fundamento ontológico, algo que não aparenta estar em coerência com o acima exposto, tampouco com seu funcionalismo sistêmico.

Todavia, parece ser a melhor opção a traçada por Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 208-11), que divide as posições, tudo em conformidade com o limite traçado pelo art. 13, § 2º, do CP, em: (a) *obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância*; (b) *assunção da responsabilidade de impedir o resultado*; (c) *comportamento anterior criador do risco do resultado*. Será esta a posição adotada.

2.3.1 Obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância

Aqui, tem-se um *vínculo natural* (Jescheck/Weigend, 2002, p. 670), pelo qual tais obrigações *legais* de cuidado, proteção ou vigilância, existiriam especialmente no âmbito das relações de família, entre casais, parentes em linha reta e irmãos (Cirino dos Santos, 2002, p. 208; Otto, 1996, p. 154). Historicamente, a doutrina aqui – europeia continental ou anglo-saxã – costuma citar o exemplo da mãe que

tricota ante o filho agonizante, mas nada faz. O desvalor do resultado – eis o naturalismo! – impediria pensar não fosse a conduta dela tão reprovável quanto a da mãe que mata o próprio filho. Mas este é um fundamento *moral*, ao contrário do que vem pela CR e, de maneira especial, pelo próprio CP. Veja-se: por estes, o fundamento deve ser, antes de *familiar* (fundamento *secundário*), *legal* (fundamento *primário*), razão por que deve ser buscado – obedecendo-se a *legalidade* em seu espectro de garantia e taxatividade – na Lei. Aliás, isto é muito bem observado por Sheila Bierrenbach (2002, p. 77)

No caso dos pais em relação aos filhos, o fundamento é *legal* e, portanto e em face da hierarquia, *constitucional*, o que o torna inequívoco. Isto porque a CR diz claramente que os pais são garantidores da integridade física e da vida dos filhos adolescentes e crianças que se encontram sob sua proteção:

Art. 227. É dever da família (...) assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Em suma, com a Constituição, *os pais são responsáveis pela vida e pela saúde de seus filhos, sendo dever daqueles assegurar estes*. É evidente que tal dever constitucional de garantia tem reflexos na Lei, notadamente quando se observa o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seus artigos 4º, 5º, 15 e 18:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Por outro lado, a CR também fala sobre o *dever* dos filhos em relação aos pais velhos, carentes ou enfermos (art. 227, segunda parte, da CR). Isto se torna mais evidente quando se vê a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), especialmente art. 3º:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Assim, ficam claros os deveres de garante dos ascendentes em relação aos descendentes e vice-versa, que constam da Constituição da República e têm projeção na Lei. É, pois, constitucional transformar o pai ou o filho em garante, sem objeção a que isso seja feito em tipos específicos, sob pena de inconstitucionalidade de uma cláusula geral de equiparação. Por outro lado, a delimitação legal faz reforçar os argumentos no sentido de que somente a vida e a integridade física podem ser alvo de mandamentos de ação (Tavares, 1996, p. 81-2; Cirino dos Santos, 2006, p. 202; Jescheck/Weigend, 2002, p. 670)

Quanto aos outros exemplos citados pela doutrina, há que se os dividir pela maior frequência.

No que toca aos cônjuges, há séria dúvida, pelo menos para o autor da presente obra. Apesar da CR afirmar que existem, como é óbvio, *deveres* entre os cônjuges, não se esclarece até que ponto vai tal dever. O Código Civil nada traz de específico sobre a matéria, exceto que eles possuem o *dever de mútua assistência* (art. 1.566, III), o que faz levar à conclusão que somente a integridade física e a vida podem ser alvo de tal dever. Aliás, Jakobs, por linhas diversas (*faltaria comunidade, juridicamente garantida, do mundo vital*), chega à mesma conclusão (Jakobs, 1997,

p. 996), chegando a afirmar que não existe tal dever em relação aos irmãos (1997, p. 996), o que é correto, mas em virtude de inexistência de *dever legal*. Fora essas situações, nada mais há no Código Civil, ou em outra Lei, que permita verificar um dever de garante.

Em conclusão, pode-se afirmar que *os irmãos, namorados, noivos e parentes em linha colateral, ao contrário do afirmado por parcela significativa da doutrina, não possuem, no âmbito penal, dever de garante, sob pena de se legitimar o uso da moral como fonte do Direito e violar, conseqüentemente, o art. 5º, XXXIX, da CR.*

2.3.2 Assunção da responsabilidade de impedir o resultado

Aqui, especialmente importante é que o titular do bem jurídico confie na intervenção do garante, expondo-se a um risco maior que o habitual, que de forma diversa não assumiria (Jescheck/Weigend, 2002, p. 671): a confiança é o que cria relação de dependência e encoraja a exposição a riscos (Cirino dos Santos, 2006, p. 209). Tem-se nomeadamente a hipótese de *contrato*, portanto. Exemplo: o empresário em relação à retenção de impostos (Jescheck/Weigend, 2002, p. 671; Figueiredo Dias, 2004, p. 707).

Tal contrato, por seu turno, deve ser desvinculado de seu conceito jurídico civil (Stratenwerth, 2005, p. 463), ou seja, a mera infração a deveres contratuais não é suficiente para o surgimento da posição de garante. Conforme Stratenwerth (2005, p. 463-4), um contrato somente pode fundamentar posições de garante se ao obrigado corresponde uma posição de confiança (com especiais deveres de custódia, cuidado ou supervisão), ou seja, somente se a proteção do bem jurídico ou a neutralização de riscos é o verdadeiro objeto do contrato, a *obrigação principal* (Stratenwerth, 2005, p. 464). É o caso do guia de montanha, da enfermeira, mas já não seria o caso do empregador em relação ao empregado.

Por outro lado, a eficácia jurídico-civil do contrato pouco importa. Exemplo: não interessa se o contrato realizado com a babá não tem assinaturas, mas, sim, que ela esteja na posição concreta de protetora do bebê, como também não interessa um contrato assinado, mas ao qual nunca foi dada execução, ou seja, quan-

do a babá sequer chegou na casa do bebê. O que releva em tal caso é a *assunção fática* propriamente dita (Stratenwerth, 2005, p. 464).

2.3.3 Comportamento anterior criador do risco do resultado

Para Kant (cf. Kelsen, 1998, p. 24) o dever-ser nunca pode derivar de um ser. Partindo dessa premissa, tem-se um questionamento: por qual motivo surge um *dever* de um puro *fato*? Tal pergunta abateu Roxin, para quem a ingerência surge no naturalismo jurídico nos anos de 1850 a 1900, quando as ciências jurídicas tinham como postulado fundamental a redução de seus pressupostos às ordens das ciências naturais, notadamente no que toca às leis naturais que deveriam, então, reger as leis causais (Roxin, 2001, p. 142). Via-se, assim, na omissão uma *causa* de um resultado (Hungria, 1949, p. 242: “a omissão é causal em relação ao evento”), tudo de acordo com aquele supraconceito de conduta (Luisi, 1979, p. 31-2). Contudo, a nota Roxin (2001, p. 142) uma falha fundamental em tal pensamento, consistente no fato de que haveria, na ingerência, um *dolo subsequente* (um resquício causalista, de acordo com Bacigalupo, 2005, p. 193), uma vez que o dolo da omissão sucederia a causação.

É que o dolo pressupõe *conhecimento atual* ou, no mínimo, *atualizável* no momento da prática do fato (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 522). Pela precisão, cabe trazer a lição de Cirino dos Santos (2006, p. 150):

O dolo, como fundamento subjetivo da realização do plano delituoso, deve existir *durante a realização da ação*, o que não significa durante *toda* a realização da ação planejada, mas durante a realização da ação que *desencadeia* o processo causal típico (...). Consequentemente, não existe dolo *anterior*, nem dolo *posterior* à realização da ação.

Enxergar os fatos de forma *subsequente* implica admitir um conhecimento projetado para o futuro, para algo que sequer existe e pode ser apreendido, exceto por prestidigitação e adivinhação. Seria, pois, inadequado para a fundamentação de uma produção de um resultado doloso-causal.

A doutrina também procurou seguir vários caminhos para fundamentar a punibilidade do omitente que cria o risco anterior e não atua de forma a salvar o bem jurídico (Bacigalupo, 2005, p. 197):

(a) primeiro, em uma norma geral segundo a qual não está permitido causar um mal à sociedade que se não haveria produzido sem a existência do sujeito, donde surge o dever de evitar o dano emergente de uma conduta precedente (Stübel, 1928; Bacigalupo, 2005, p. 197-8);

(b) segundo, na circunstância de que a proibição de causar um dano contém ao mesmo tempo o mandato de apartar o perigo criado pela própria ação precedente (Bacigalupo, 2005, p. 198; Jescheck/Weigend, 2002, p. 673; Roxin, 2001, p. 143; Cirino dos Santos, 2006, p. 211; Figueiredo Dias, 2004, p. 711).

(c) terceiro, na concepção popular que determina ao autor ou na interpretação segundo o sentir comum (Bacigalupo, 2005, p. 198);

(d) quarto, em ser a consequência de uma perturbação da ordem primária de proteção (Bacigalupo, 2005, p. 198; Rudolphi, 1966, p. 100-9).

Seja lá como se justifique a ingerência, parece ser encontrável nas opiniões sobre o tema (justificando-a) um consenso, que pode ser aqui tomado como paradigmático e que já havia sido detectado e exposto por Norberto Spolansky (1969, p. 80), qual seja, *“todo aquele que cria um risco ou o agrava deve realizar as ações adequadas para evitar a produção de resultados antijurídicos”*, o que nada mais faz senão remontar àquela afirmação com caráter de dogma de Stübel (1928, p. 60 ss.). Tal opinião, contudo, parece procurar seu fundamento logo em escassos exemplos (a mãe que deixa o filho em inanição, por ex.), generalizando-os de forma indevida; inicia-se o problema, ao invés de o solucionar (Bacigalupo, 2005, p. 198), uma vez que se constroem *regras* a partir de *analogias*.

E por que o exemplo da mãe não serviria? Porque *uma coisa é que exista o dever* (de alimentar), *e outra muito distinta que sua infração omissiva realize um tipo de comissão* (Bacigalupo, 2005, p. 199). Lógico. É que o dever de alimentar tem um núcleo que somente por torção ao princípio da legalidade pode ser lido como típico. Vê-se, portanto, que pouco importa a causalidade do fato anterior, não podendo ser este o fundamento da responsabilidade (Bacigalupo, 2005, p. 201). Importari-

a, sim, a relação do autor com o bem jurídico, ou seja, que o autor tenha o domínio do âmbito dentro do qual se produziu o resultado (Bacigalupo, 2005, p. 201; Welzel, 1976, p. 296). Em suma, seria responsável aquele que “*com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*” (art. 13, § 2º, c, do CP).

Para Roxin, que se filia à segunda solução (adotada pelo CPB), a única saída seria fundamentar o dever de garante na ingerência pelo fato de que a criação de perigos traz em si a obrigação de prevenir suas conseqüências lesivas (o cidadão teria o dever de vigilância de fonte de perigo), sob pena de o Estado não poder cumprir com sua tarefa de garantir segurança aos cidadãos (2001, p. 143). O *Estado* utilizaria o *homem* como um meio para seu *fim* de garantia de segurança (2001, p. 143), mas, de toda forma, é esta a posição de fundamento defendida por Cirino dos Santos (2006, p. 211) e Figueiredo Dias (2004, p. 711).

Em defesa da ingerência como fundamento da punibilidade traz Roxin (2001, p. 143) um exemplo: quem viaja de automóvel tem uma série de deveres de cuidado objetivamente previstos, devendo manter sob controle sua fonte de perigo a terceiros, no caso, a própria condução do veículo. Não observando tais deveres e causando um resultado lesivo (por ex., atropelando uma pessoa), deve ser punido por fato imprudente. Porém, tendo lesionado esta mesma pessoa, tem o dever de vigilância conseqüente de prevenir danos subseqüentes (mortes ou lesões mais graves), porque se é responsável pelo acidente, tanto mais é responsável pelas conseqüências dele. Sintetiza: se a pessoa é responsável pela evitação de um curso causal que lesiona um bem jurídico, isto deve ter validade para cada fase deste desenvolvimento (2001, p. 143-4). Mas a mera causalidade do comportamento precedente não poderia, por si só, servir para fundamentar o dever de evitar o resultado (2001, p. 144). Deve-se, portanto, restringir a posição de garante por ingerência.

Afinal, não é só por convidar alguém para ir jantar na sua casa (comportamento precedente) e aquela pessoa sofrer um acidente no caminho que o que convida é responsável por tal resultado. Como, então, restringir? O comportamento anterior deve ser antijurídico e contrário ao dever, como querem Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 209) e Juarez Tavares (1996, p. 71)? Ilícito, como quer Figueiredo

Dias (2004, p. 710)? Despido de culpa (Correia, 1971, p. 304)? Qualquer comportamento anterior (Welzel, 1971, p. 296)? Arriscado (Munhoz Netto, p. 29)?

Qual deve ser a relação entre eles? Nesse sentido, é prudente a observação de Sheila Bierrenbach (2002, p. 81): ninguém se entende sobre o tema e isso somente demonstra que a ingerência tem, sim, uma imensa resistência de aceitação (ou, no mínimo, de consenso), diante de sua inexorável possibilidade de amplitude (para Welzel, 1976, p. 298, o problema seria *insolúvel*), o que causaria uma pretensa habilitação desmesurada do exercício do poder punitivo (Casabona, p. 925).

A tese de Roxin é que a condição decisiva para a fundamentação da posição de garante é a possibilidade de imputação objetiva do comportamento precedente que causa o perigo (Roxin, 2001, p. 145; Figueiredo Dias, 2004, p. 710; Cirino dos Santos, 2006, p. 210), pois somente aquele a quem se pode imputar conforme a parâmetros jurídicos o perigo criado tem a responsabilidade dele, e, chegado o caso, deve prevenir a transformação da colocação em perigo em uma lesão diferente ou em outra mais grave (Roxin, 2001, p. 145).

Com base nisso, enumera sete conseqüências, todas advindas de sua teoria de imputação objetiva do resultado à conduta, sendo elas (Roxin, 2001, p. 145-55; em sentido semelhante: Cirino dos Santos, 2006, p. 210):

(1) *Não há posição de garante se o comportamento precedente não criou um risco juridicamente relevante para a vítima;* (2) *Não há posição de garante se o comportamento precedente se mantém dentro do risco permitido;* (3) *Não há posição de garante se falta uma relação de fim de proteção entre o comportamento precedente e o resultado iminente;* (4) *Não há posição de garante se o perigo provocado pelo comportamento precedente permanece unicamente no âmbito de responsabilidade da pessoa colocada em perigo;* (5) *Não há posição de garante se a criação de perigo está justificada por legítima defesa;* (6) *Afirma-se a posição de garante se o comportamento precedente está justificado por estado de necessidade;* (7) *Afirma-se a posição de garante se em um delito permanente justificado deixam de existir posteriormente os pressupostos da justificação.*

Já mais recentemente, Roxin (2003, p. 645) afirma que a solução correta deve ser procurada no meio de posições extremas, ou seja, o resultado não é impu-

tável se (a) *ex ante*, se a diminuição do risco aparece como somente como possível, mas já o será se (b) *ex post*, verificar-se que a diminuição do risco teria efetivamente ocorrido.

Uma última anotação: Sheila Bierrenbach (2002, p. 87), contra parcela significativa da doutrina (por todos, Cirino dos Santos, 2006, p. 210), cita os casos em que se não transforma em garante por ingerência quem, por ex., atropela outra pessoa (aliás, exemplo tradicional da literatura), porque, caso isso ocorresse, os arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, do CP, tornar-se-iam cláusulas mortas. Pode-se dizer mais, ou seja, que o princípio da legalidade estaria morto. Ela vai além, afirmando que a inserção da cláusula de *ingerência* é, em verdade, um *equívoco* decorrente da importação do dispositivo alemão, mas que seria inútil no ordenamento jurídico nacional (no mesmo sentido, para a Argentina: Bacigalupo, 2005, p. 147):

Em resumo, à luz do direito positivo brasileiro, aquele que, através de conduta anterior negligente, expõe a perigo bens jurídicos tutelados de importância maior – vida, saúde ou integridade física –, não se transforma em garante do bem, não lhe cabendo o dever legal de agir em sua defesa, não respondendo, via de consequência, a título de omissão imprópria. Tais dispositivos tornam praticamente inviável conduzir a ingerência como fonte de garantia e do consequente dever de agir em prol de bens outros de menor hierarquia, o que sepulta, praticamente, esta fonte da posição de garante em nosso direito.

2.4 O tipo subjetivo

Aquele critério de que na omissão não há um dolo propriamente dito, mas sim um *quase dolo* (Kaufmann, 2006, p. 137 e ss.) já não subsiste mais (Roxin, 2003, p. 684). Hoje (Cirino dos Santos, 2006, p. 211), é quase pacífico que o tipo subjetivo da omissão possui elementos idênticos aos dos tipos de ação, ou seja, dolo e imprudência. Quase.

2.4.1 O dolo

O dolo, a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime (Cirino dos Santos, 2006, p. 132), é composto por dois elementos: *cognitivo* e *volitivo*, sempre nesta ordem (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 521). Eles também estão presentes

nos tipos de omissão (Roxin, 2003, p. 684 ss.), variando tão-só o alcance de seu conteúdo de acordo com a modalidade de omissão que se esteja a tratar.

No que toca ao aspecto *cognitivo*, é necessário ter “*conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica*” (Cirino dos Santos, 2006, p. 132). Para Stratenwerth (2005, p. 483), basta o conhecimento da *situação de fato* a que se vincula o dever de atuar. No caso dos crimes omissivos onde é exigido um resultado, deve ser possível ao autor representar a realização da conduta devida e quando há resultado típico relevante, a via pela qual pode o evitar (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 584), não se exigindo uma consciência reflexiva, mas, antes, uma consciência ao nível do leigo ou, como prefere Jakobs (1997, p. 1.015), consciência como *imagem mental fática*.

Já o aspecto *volitivo* “*consiste na vontade, informada pelo conhecimento atual, de realizar o tipo objetivo de um crime*” (Cirino dos Santos, 2006, p. 133).

Ou seja, “*basta deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade de agir (...), mais o conhecimento da posição de garante*” (Cirino dos Santos, 2006, p. 211-2; Jakobs, 1997, p. 1.014; Jescheck/Weigend, 2002, p. 680). De forma sintética, é indispensável que o omitente conheça *efetivamente* (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 522) a situação típica e omita a ação imposta com vontade de que se preencha o tipo objetivo (Figueiredo Dias, 2004, p. 717; Jescheck/Weigend, 2002, p. 681).

As coisas já não são tão simples quando se refere ao momento *volitivo*, aquele onde o agente, em tese, decide.

2.4.2 A decisão

Não há dúvida no caso do pai que nada faz diante de seu filho se afogando, com a nítida intenção de o ver morrer, que se trata de hipótese onde os elementos *cognitivo* e *volitivo* do dolo se comprovam com facilidade, com a mesma segurança verificável nos crimes *comissivos* (Figueiredo Dias, 2004, p. 718). Só que tal caso é daqueles *ad absurdum*, exemplo típico de escola, porque dá nítida relevância ao elemento *volitivo* puro, ou seja, faz também afirmar que em casos onde o agente

sequer decide se poderia verificar um dolo (Stratenwerth, 2005, p. 485). Melhor explicando: pensar de tal forma implicar negar o dolo onde o autor é indiferente ao resultado, razão por que Zaffaroni *et al.* (2002, p. 584) chegam a negar a decisão direta como necessária e indispensável na omissão.

Ora, dolo é *dolo*; e ponto final. Não são necessárias maiores e significativas adaptações (mutações, na realidade), como fazem Jescheck/Weigend (2002, p. 680). Basta pensar a categoria tal qual se a concebe normalmente, ou seja, *dolo* como estrutura composta por *conhecimento* e *vontade* (Roxin, 2003, p. 684).

Do *conhecimento* já se falou, mas não custa lembrar que a *vontade* é informada pelo conhecimento atualizável de realizar o tipo objetivo (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 519), matéria regida, em face do princípio da legalidade, pelo art. 18, I, do CP: crime doloso é aquele onde “o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. E o dolo, na melhor doutrina, é divisível em: (a) *direto de 1º grau*; (b) *direto de 2º grau*; e (c) *eventual* (Cirino dos Santos, 2002, p. 137 e ss.). Isto também deve se aplicar, dada a univocidade do conceito, aos crimes omissivos.

Direto de 1º grau é o dolo no qual a vontade abarca a produção do resultado típico como fim em si (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 523; Figueiredo Dias, 2004, p. 350; Cirino dos Santos, 2006, p. 137-8). É aquele onde “o omitente atua, portanto, intencionalmente, se o fim de sua inatividade consiste em permitir acontecer o resultado típico” (Roxin, 2003, p. 683).

Direto de 2º grau é o dolo no qual o resultado típico é uma consequência necessária dos meios eleitos, que devem ser abarcados pela vontade tanto como o fim mesmo (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 523; Figueiredo Dias, 2004, p. 351; Cirino dos Santos, 2006, p. 138-9). É aquele onde, “na verdade, não objetiva a produção do resultado – por exemplo, o acontecimento lhe é indiferente –, mas se reconhece que este, pela sua inatividade, com certeza se produzirá” (Roxin, 2003, p. 683).

Em ambos os casos o autor *quer* diretamente a produção do resultado (art. 18, I, primeira parte, do CP), ainda que o não deseje ou ele não lhe seja agradável, mormente no dolo direto de 2º grau (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 523; Cirino dos Santos, 2006, p. 139).

Eventual é o dolo onde o agente quer os *meios*, mas o resultado somente é tomado em conta como possível. Explica-se: sempre que “a realização do tipo é tomada como possível, sem que esta conclusão seja tomada como referência para a renúncia ao projeto”, tem-se um autor que assume o risco de produção do resultado (art. 18, I, segunda parte, do CP). É aquele dolo onde o agente se conforma (Roxin, 1997, p. 425), onde ele “tome a sério o risco de (possível) lesão do bem jurídico, que entre com ele em contas e que, não obstante, se decida pela realização do facto” (Figueiredo Dias, 2004, p. 355). No dolo eventual, o agente “reconhece que, na verdade, em consequência de sua não intervenção, possivelmente o resultado típico se produzirá, e não objetiva este desfecho, mas, na verdade, toma seriamente esta possibilidade e se conforma com a sua eventual produção” (Roxin, 2003, p. 684).

Em suma, não basta a mera probabilidade, porque, fosse ela o parâmetro, deixar-se-ia de adotar um Direito penal de injusto *pessoal* em prol de um Direito penal de reprovação pelo mero resultado.

Significativo para compreender a questão se torna o estudo de Juarez Tavares (2003b) sobre a Teoria do Injusto Penal. Para ele, o nó central da matéria passa por uma questão simples: dolo é dolo, ou seja, o dolo eventual deve possuir os mesmos elementos intelectivos e volitivos que o dolo direto (2003b, p. 283). Mais ainda, como o conceito de conhecimento também é unitário para efeitos de tipo subjetivo, no dolo eventual o agente deve ter refletido e estar consciente da possibilidade da realização do tipo, bem como se tenha colocado de acordo que, com sua conduta, causará o resultado (2003b, p. 283). Sinteticamente, se o agente, “consciente de sua inabilidade, contasse com a produção do resultado, porque não se atribuía qualquer chance de evitá-lo, deixando-o ao acaso, haverá dolo eventual” (2003b, p. 285).

Em termos definitivos, seria preciso partir de dois fundamentos: “a) o agente deve ter consciência de que, com sua atuação, pode seriamente lesar ou pôr em perigo um bem jurídico; b) atua com indiferença, diante dessa séria possibilidade de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, de modo a assumir o risco de sua produção” (2003b, p. 287).

Exemplo 1: o pai vê seu filho se afogando na piscina; é o único presente, não havendo mais ninguém que possa salvar a criança; sabe que ela não pode se salvar por si só, porque não sabe nadar; diante de tal quadro, opta pela omissão pura e simples e, como previsto, a criança se afoga e morre.

Exemplo 2: o pai vê seu filho se afogando na piscina; é o único presente, não havendo mais ninguém que possa salvar a criança; a criança, contudo, sabe nadar; mal, mas sabe; diante de tal quadro, confiando que ela mesma se salvará, opta pela omissão pura e simples, mas a criança se afoga e morre.

No primeiro caso, o agente tem conhecimento da situação típica e de sua posição de garante, havendo certeza da verificação do resultado em caso de omissão, mas mesmo assim opta por se omitir. Fora de dúvida que se trata de caso de dolo direto, porque os elementos intelectual e volitivo estão presentes. No segundo caso, o agente tem conhecimento da situação típica e de sua posição de garante, havendo certa possibilidade de ocorrência do resultado em caso de omissão, mas mesmo assim opta por se omitir. O elemento intelectual está presente; o elemento volitivo, também, uma vez que a criança sabe nadar um pouco, mas talvez não o suficiente para se salvar. Ainda assim, o pai opta por se omitir.

É evidente que se não está a ignorar a grande dificuldade que surge da aplicação prática de qualquer conceito de dolo eventual (Cirino dos Santos, 2006, p. 139; Figueiredo Dias, 2004, p. 357), mas há que se o definir no presente trabalho até para que se tenha uma definição útil.

Em todas as situações, contudo, há algo em comum, um mínimo denominador (Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 585): “o autor *omite* a acção imposta, apesar de contar seriamente com a possibilidade de realização típica, com esta assim se conformando” (Figueiredo Dias, 2004, p. 718). Esta é, então, a identidade estrutural entre a decisão nos tipos comissivos e omissivos (Roxin, 2003, p. 686). No delito omissivo, a mesma atitude de decisão aparece quando o autor *omite* atuar disposto a assumir o resultado que poderia ser evitado como consequência de sua própria omissão (Stratenwerth, 2005, p. 483).

2.4.3 O conhecimento ou representação da posição de garante

Só a posição de garante (e não o dever como tal) precisa fazer parte do momento intelectual do omitente (Figueiredo Dias, 2004, p. 719). Assim, parece claro que aquele que erra sobre sua posição de garante, assumindo-a como inexistente, não preenche os elementos necessários ao tipo subjetivo e, portanto, sequer pode querer cumprir o tipo objetivo. Em suma, trata-se de erro de tipo, uma vez que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo” (art. 20, do CP). Por outro lado, uma eventual falta de consciência sobre o dever que ao agente recai não impede a imputação a título de imprudência, desde que tal erro seja vencível.

2.4.4 A imprudência

A estrutura típica da omissão é semelhante a dos tipos comissivos, o que significa que a regra geral para a verificação da imprudência é a mesma (Tavares, 2003a, p. 279; Roxin, 2003, p. 689). Ou seja, em sendo violado um dever de cuidado objetivamente previsto, o garante pode ser responsabilizado por um eventual resultado. Casos: (a) o guia que não representa corretamente sua posição de garante; (b) o banhista de clube que acha que pode se afogar numa piscina pequena se tentar salvar uma criança; (c) o pai que leva a cabo a atitude salvadora da forma mais equivocada possível; (d) o pai que acha estar a criança de brincadeiras quando, em verdade, está-se a afogar.

Aqui se faz uma clara opção, já com Roxin (2003, p. 690), Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos (estes últimos em conversas informais com o autor da dissertação, ainda que em Tavares, 2003b, já se desse uma indicação preliminar do que viria), no sentido de ser quase impossível separar o *dever* da *posição* de garante (contra: Jescheck/Weigend, 2002, p. 679). Isso porque, dentre outros motivos, mas, mais especificamente no tópico presente, quando a omissão não se encontra justificada é sinal seguro que um dever de ação não existe (Figueiredo Dias, 2004, p. 722).

Zaffaroni *et al.* (2002, p. 584) discordam veementemente de tal posicionamento. Para eles, a questão passa pela distinção entre (a) *a situação ou estado que funda a posição de garante* e (b) *os deveres que impõe esta situação ou estado*.

Aquela, em se tratando de elemento de autoria, faria parte do *tipo objetivo*. Esta, por se tratar de uma matéria que determina o mandato, não poderia dizer respeito a outra coisa senão ao cotejo do ordenamento jurídico com as proibições penais, ou seja, à *antijuridicidade* enquanto categoria.

2.5 A culpabilidade

Nos crimes comissivos, a culpabilidade é estruturada sobre categorias normativas de reprovabilidade pessoal da conduta (Machado, 1987; Roxin, 1997, p. 802-3; Figueiredo Dias, 2004, p. 483-6):

(a) *capacidade de culpabilidade*, uma qualidade dos autores relacionada ao desenvolvimento biológico (art. 27, do CP) e psíquico (arts. 26 e 28, do CP), que devem permitir ao sujeito perceber as proibições contidas no ordenamento e se decidir conforme elas (Cirino dos Santos, 2006, p. 286-7);

(b) *conhecimento do injusto*, cujo objeto é o conhecimento, por parte do autor, que sua conduta é proibida (Cirino dos Santos, 2006, p. 303; Roxin, 1997, p. 866-9; Figueiredo Dias, 2004, p. 578; Jakobs, 1997, p. 667). Não conhecendo da antijuridicidade de sua conduta, o autor atua em erro de proibição, que pode ser direto, indireto (erro de permissão), ou erro de tipo permissivo (art. 21, do CP), conforme Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 318-20);

(c) *exigibilidade de comportamento diverso*, cujo fundamento concreto é a normalidade das circunstâncias para um sujeito biologicamente e psiquicamente normal, que conheça o caráter proibido de sua conduta (Cirino dos Santos, 2006, p. 322; Figueiredo Dias, 2004, p. 560): “*circunstâncias normais fundamentam o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito; ao contrário, circunstâncias anormais podem constituir situações de exculpação que excluem ou reduzem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito*” (Cirino dos Santos, 2006, p. 322), situações anormais que se encontram previstas, de modo específico, no art. 22, do CP, e de modo genérico em todo o ordenamento (por ex., *fato de consciência, desobediência civil e conflito de deveres*).

Eis os fundamentos legais:

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 – O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único – Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 22 – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Inimputáveis

Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Menores de dezoito anos

Art. 27 – Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Emoção e paixão

Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal:

I – a emoção ou a paixão;

Embriaguez

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º – É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Já foi dito que conceitos não ficam mudando de face ao gosto do intérprete (aqui valeria Aristóteles e a não-contradição), muito menos com fins de adaptação a setores de uma mesma disciplina. Assim é com o tipo – que tem sua moldura igual nos tipos comissivos e omissivos – e também é assim com a culpabilidade. Na omissão, ela é regida pelos mesmos pressupostos que nos crimes comissivos. Há uma *capacidade de culpabilidade*, um *conhecimento do injusto* e uma *exigibilidade de comportamento diverso*.

Há identidade estrutural em relação a todos os elementos, especialmente quando se está a tratar da *capacidade de culpabilidade* e do *conhecimento do injusto*.

A *capacidade de culpabilidade* não causa transtornos, em face de seus contornos biológicos e psíquicos delineados pela Lei.

Quanto ao *conhecimento do injusto*, deve-se recordar que o conteúdo deste pode ser uma proibição (tipo comissivo) ou um mandamento (tipo omissivo). Naquela, o autor deve conhecer o caráter proibido de sua conduta. Nesta, em virtude da significativa mudança de conteúdo, o autor deve conhecer o mandamento que ordena sua conduta em determinado sentido. Assim é que o conhecimento do injusto nos tipos omissivos tem como conteúdo o *conhecimento do dever de agir* ou o *conhecimento do dever de garantidor* (Stratenwerth, 2005, p. 486; Cirino dos Santos, 2006, p. 212-3).

Por tal motivo é que – preservadas as ressalvas já colocadas – o erro sobre tal *dever jurídico de agir* ou sobre o *dever de garantidor* é, sempre, um erro sobre o *dever*, e não um erro sobre a *proibição*, razão por que se o chama de *erro de mandato* (como erro de *mandado*: Cirino dos Santos, 2006, p. 212-3) que, quando inevitável, exclui a culpabilidade (Tavares, 1996, p. 99).

Dá-se, contudo, à *exigibilidade*, um alcance significativamente maior que o existente nos crimes comissivos (Stratenwerth, 2005, p. 487). Isto se torna claro quando se tem em consideração a – normalmente – evidente reprovação que existe nos crimes comissivos, algo que se não pode verificar nos crimes omissivos, uma vez que, por ex., “a *obrigação jurídica de intervir com a finalidade de evitar um dano é menos conhecida para muitas pessoas que o dever de omitir um comportamento lesivo*” (Jescheck/Weigend, 2002, p. 685). Ao contrário do autor comissivo, “o autor omissivo deve ter ante si um motivo especial para se guiar conforme a norma preceptiva” (Jescheck/Weigend, 2002, p. 685). Não por outro motivo, “a *evitabilidade do erro é menor, com conseqüente redução do nível de reprovação*” (Cirino dos Santos, 2006, p. 213).

Por outro lado, tem-se verificado, mormente no chamado Direito penal secundário (D’Avila e Souza, 2006; Tavares, 1996, p. 99), um claro reconhecimento de

em algumas vezes ser difícil separar o *erro de tipo* do *erro de mandato*, especialmente quando o sujeito *deve conhecer a ação devida* para, somente então, tomar conhecimento do *dever que lhe é imposto e de sua posição ante ele* (Cirino dos Santos, 2006, p. 213; Tavares, 1996, p. 99).

Conclusão

Os tipos penais, de acordo com sua criminalização primária, podem conter dois tipos de normas: *proibitivas* ou *mandamentais* (ainda que haja discordância quanto à pureza de tais características). Naquelas, há uma *identidade* entre a conduta fática e o previsto no tipo; nestas, uma *diferença* entre conduta e tipo. Ambas são estruturadas como forma de *proteção* de um bem jurídico, sendo esta a identidade entre ação e omissão: de um lado, impõe-se a abstenção de condutas que possam os lesionar; de outro, impõe-se condutas que visem diminuir um processo lesivo em curso ou que possam ocasionar o mesmo processo. Só que é essa mesma função global de *proteção* que indica não residir a diferença entre *ação* e *omissão* no conteúdo puramente mandamental ou proibitivo da norma. Deve-se a achar em outro lugar, portanto, notadamente por conta das conseqüências no processo de adequação típica.

Diversos critérios surgiram ao longo dos tempos para tentar racionalizar a diferença, todos regidos pelos paradigmas filosóficos de época. Naturalismo, neokantismo, estruturas ôntico-reais, funcionalismo. Todos, sem exceção, procuram dar uma explicação ao fenômeno pressuposto de diferenciação, chegando a haver quem negue tal diferença estrutural. É de relevo, então, adotar-se uma teoria, consistente no *sentido imprimido pela ordem social*, ou seja, deve-se partir da premissa de que nas *ações*, tem-se uma proibição de *lesão*; nas omissões, uma proibição de violação de um *dever*.

Superada a questão da distinção entre ação e omissão, impende-se verificar outra distinção comum realizada pela doutrina, consistente na adoção da classificação bipartida entre as omissões: *próprias* e *impróprias*. Aqui, vários critérios também surgem para realizar a distinção. O *critério legal*, no qual *próprias* seriam aquelas previstas e *impróprias*, as não previstas e decorrentes de cláusula de equipara-

ção. O *critério do autor*, pelo qual *próprias* seriam aquelas onde qualquer um pode ser autor e *impróprias*, aquelas onde somente determinadas pessoas podem o ser. Há o *critério normativo*, em face do qual *própria* é aquela omissão onde há simples violação de um dever mandamental; *imprópria*, aquela onde deve ser acrescido a tal dever uma especial posição de garantidor do bem jurídico.

Sinteticamente, optou-se pela proposição de distinguir entre omissões próprias e impróprias tão-só pelo critério do autor, uma vez que a especial posição do autor é o que denotaria a diferença fundamental entre as duas classes de tipos (há, pois, omissões impróprias previstas e não previstas, o que tornaria inútil o critério *legal*). Todavia, mesmo tal classificação parece não ter resultados maiores, sendo até mesmo dispensável a distinção entre omissões próprias e impróprias. É que existem classificação já consagrada na doutrina, utilizada para crimes de comissão, que pode ser utilizada nos crimes omissivos: classifica-se o tipo quanto ao *autor*, quanto à *conduta* e quanto ao *bem jurídico*. Assim, com uma mínima adaptação (mas se mantendo as características essenciais dos conjuntos de elementos dos tipos incriminadores), as omissões podem ser: (a) quanto ao *autor*, tipos *gerais* ou *especiais*; (b) quanto à *conduta*, tipos de *resultado* ou de *mera inatividade*; (c) quanto ao *bem jurídico*, tipos de *dano* ou de *perigo*.

Outro ponto interessante, senão nodal, acerca dos tipos omissivos foi a inclusão em 1984, pelo legislador, do art. 13, § 2º, no CP, que diz que a omissão é equivalente à comissão quando se verifique um resultado e ele decorra da violação do dever de determinadas pessoas, trazidas no próprio bojo do tipo reitor. A Lei, aqui, diz simplesmente *quem* tem o dever, mas não *quando e em que hipóteses* esse dever está presente, violando a premissa fundamental de que a tipicidade se dá pela verificação entre a adequação entre hipótese de fato legal e hipótese de fato fática. O que há, em verdade, é a adequação entre hipótese de fato fática e hipótese de fato judicial, caracterizando violação ao princípio da legalidade em seu espectro de taxatividade, conforme bem percebido por parcela da doutrina.

Normalmente, a violação do dever presente nos crimes omissivos possui um desvalor inferior ao dos crimes comissivos, razão por que parcela significativa da

doutrina entende ser necessária a aplicação da atenuante genérica do art. 66, do CP.

Quanto à estrutura, há, também, anotações a serem feitas, como é do título do trabalho. O tipo omissivo, tal qual o tipo comissivo, é constituído por elementos objetivos e subjetivos, havendo significativas diferenças e identidades entre tipos omissivos próprios e impróprios. Quanto às *identidades*, ambos são constituídos em seu tipo objetivo por: (a) *situação típica e ausência de ação*; (b) *possibilidade individual de ação*; (c) *omissão da ação mandada*. Existem elementos a mais no tipo objetivo das omissões impróprias: (d) *resultado imputável*; (e) *posição de garante*.

Quanto à *posição de garante*, tem-se que é a área que mais gera discussões no âmbito dos crimes omissivos, em que pese ser unívoca a compreensão de que se trata de um elemento do tipo. É que existem diversas teorias que procuram fundamentar a dita posição.

A primeira delas é a *teoria clássica das fontes jurídicas*, fundada em quatro pilares essenciais: (a) em Feuerbach, que afirmou existirem determinados deveres de ação com fundamento em uma *Lei* ou em um *contrato*; (b) em Henke e Spangenberg, que tratou de considerar como demasiadamente estreitos a Lei e o contrato, adicionando a eles deveres relacionados de *relações jurídicas especiais*; (c) no Tribunal Supremo do Reich, que estabeleceu deveres *morais* e *familiares* como fundamento de posição de dever de salvamento; (d) em Stübel, que considerou que um *atuar precedente gerador de perigo* também geraria um dever de salvamento.

A segunda é a *teoria das funções*, desenvolvida por Armin Kaufmann, arquitetada sobre a premissa de que os deveres de garante são embasados em funções de (a) *guarda de um bem jurídico concreto*, consistente na proteção e assistência de bens jurídicos indeterminados e (b) *vigilância de uma fonte de perigo determinada*, consistente em *defesa de todos os flancos* de um bem jurídico determinado. Há um defeito na teoria: ela somente explicita quando e onde a função deve ser cumprida, mas não deixa claro *por que* existe tal função.

A terceira é a *teoria material-formal*, que tem tido aceitação maior a cada dia, uma vez que afirma serem os deveres estritamente jurídicos e não morais, sendo a mais de acordo com os princípios da legalidade e da secularização.

Aceitando o dever decorrente da posição de garante, é preciso detalhar as *causas-fonte* de tais deveres. E eles vêm na Lei (art. 13, § 2º, do CP). São três: (a) *obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância*, que somente pode abranger, de acordo com a Lei e a CR, o dever dos pais em relação aos filhos e vice-versa, dentro dos limites estabelecidos naquelas; (b) *assunção da responsabilidade de impedir o resultado*, fundado naquela posição que estabelece os contratos como fontes do dever de garante, notadamente quando um dos contratantes se coloca em posição de proteção ante o outro contratante; e (c) *comportamento anterior criador do risco do resultado*, quase inútil no ordenamento jurídico brasileiro em face de existirem previsões legais taxativas sobre o tema.

Quanto ao *tipo subjetivo*, verificou-se que os elementos que o compõem possuem a mesma estrutura que regem os tipos de ação, ou seja, dolo e imprudência. Quanto ao dolo, têm-se elementos *intelectivo* e *volitivo*. Aqueles, consistentes em que o omitente conheça *efetivamente* a situação típica e omita a ação imposta com vontade de que se preencha o tipo objetivo. O elemento *volitivo*, sinteticamente, possui um mínimo denominador: o autor omite atuar disposto a assumir o resultado que poderia ser evitado como consequência de sua própria omissão.

No que se refere à *culpabilidade*, verifica-se sua composição por: (a) *capacidade de culpabilidade*; (b) *conhecimento do dever de agir ou conhecimento do dever de garantidor*; (c) *exigibilidade de comportamento diverso*. Esta última, por elementar, com um alcance menor que o existente nos crimes comissivos, em face do menor conhecimento geral acerca das obrigações de intervir.

Referência bibliográfica

AIDP (Associação Internacional de Direito penal). **Résolutions**. In *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1985.

ALBRECHT, Dietlinde. **Die begründung von garantenstellungen bei familiären und familienähnlichen beziehungen**. Köln: Carl Heymanns, 1998.

ANDROULAKIS, Nikolaos K.. **Studien zur problematik der unechten unterlassungsdelikte**. München: Beck, 1963.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Bauru: Edipro, 2006.

- ASHWORTH, Andrew. **Principles of criminal law**. 4. ed.. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e à hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: SAFe, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. 2. ed.. Madrid: Dykinson, 2005.
- BÄRWINKEL, Richard. **Zur struktur der garantieverhältnisse bei den unechten unterlassungsdelikten**. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.
- BELING, Ernst von. **Die lehre vom verbrechen**. Aalen: Scientia, 1964.
- BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código penal brasileiro**. 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CADOPPI, Alberto. **Il reato omissivo proprio**. Padova: CEDAM, 1988.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed.. Rio de Janeiro, 2002.
- CASABONA, Carlos María Romeo. **Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal**. In *Política criminal e reforma penal em homenagem a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.
- CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1971.
- D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: RT, 2006.
- ENGISCH, Karl. **Tun und unterlassen**. In LACKNER, Karl *et al.* (coord.). *Festschrift für Willhelm Gallas zum 70*. Berlin: Walter de Gruyter, 1973.

FEINBERG, Joel. **Harm to others: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 2. ed.. Roma: Laterza, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Trad. da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FLETCHER, George Patrick. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1998.

_____. **Rethinking criminal law**. New York: Oxford University Press, 2000.

FREUND, Georg. **Erfolgsdelikt und unterlassen: zu den legitimationsbedingungen von schuldpruch und strafe**. Köln: Carl Heymanns, 1992.

GALLAS, Wilhelm. **Studien zum unterlassungsdelikt**. Heidelberg: Decker & Müller, 1989.

GIMBERNAT ORDEIG, E.. **¿Tiene un futuro la dogmatica penal?**. In Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al professor Luiz Jiménez de Asúa. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

_____. **Conceito e método da ciência do Direito penal**. Trad. de José Carlos Gobbis Pagliucca. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **La doppia destrutturazione del diritto**. Milano: Unicopli, 1996.

HENKE, Eduard. **Handbuch des criminalrechts und der criminalpolitik**. Stockstadt am Main: Keip, 1996.

HEZBERG, Rolf Dietrich. **Die unterlassung im strafrecht und das garantenprinzip**. Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal: arts. 1 a 27 (vol. 1)**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. 2. ed.. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed.. Granada: Comares, 2002.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. da 2ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Arthur. **Die bedeutung hypothetischer erfolgsursachen im strafrecht.** In BOCKELMANN, Paul (org.). Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70 (geburtstag). Berlin: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.

KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho y el problema de la justicia.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito penal alemão.** Trad. de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

LUDEN, Heinrich. **Abhandlungen aus dem gemeinem teutschen strafrechte.** Göttingen: Vandenhoeck u. Ruprecht, 1840, t. I e II.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system.** Trad. de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. **Social systems.** Trad. de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Palo Alto: Stanford University Press, 1995.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: SAFe, 1991.

_____. **O tipo penal e a teoria finalista da ação.** Porto Alegre: Nação, 1979.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale.** Padova: CEDAM, 1979.

_____. **Principi di diritto penale.** Padova: CEDAM, 2002.

MARINUCCI, Giorgio. **Il reato como azione: critica di um dogma.** Milano: Giuffrè, 1971.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl H.; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general 2** (formas de aparición del delito y consecuencias jurídicas del hecho. Trad. da 7ª edição alemã por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 22. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general.** Trad. de Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2004.

MESTIERI, João. **Manual de Direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte general.** Trad. da 6ª edição alemã (1954) por Ricardo C. Nuñez. Córdoba: 1957.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general.** 7. ed.. Buenos Aires: BdeF, 2004.

MIRANDA, Anabela Miranda. **Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal.** In PODVAL, Roberto (org.). Temas de Direito penal econômico. São Paulo: RT, 2001.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil.** Curitiba: Editora UFPR, 1983.

NAGLER, Johannes. **Die problematik der begehung durch unterlassung.** Berlin: Der Gerichtsaal, vol. 111, 1938, p. 1 ss.

_____. **Reichsstrafgesetzbuch: leipziger kommentar.** Berlin: Walter de Gruyter, 1944.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Fundamentos de los delitos de omisión.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. **A relevância penal da inadimplência tributária.** Curitiba. 2006. Tese de doutoramento (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

OTTO, Harro. **Grundkurs strafrecht: allgemeine strafrechtslehre.** 7. ed.. Berlin: Walter de Gruyter, 2004.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. **La problemática de la posición de garante em los delitos de comisión por omisión.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PFLEIDERER, Klaus. **Die garantenstellung aus varangegangenen tun.** Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Direito de não produzir prova contra si mesmo: princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Der handlungsbegriff in seiner bedeutung für das strafrechtssystem.** Darmstadt: Wissenschaftliche Buchges, 1967.

RAMACCI, Fabrizio. **Corso di diritto penale.** 2. ed.. Torino: G. Giappichelli, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral.** 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRÍGUEZ MOURILLO, Gonzalo. **La clausula general sobre la comisión por omisión.** In Política criminal e reforma penal em homenagem a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** 7. ed.. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. **Derecho penal: parte general 1: fundamentos y la estructura de la teoría del delito.** Trad. da 2ª edição alemã e notas de Diego-Manuel Luzón Pena *et al.* Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Injerencia e imputación objetiva.** In LASCANO, Carlos Julio (org.). Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje al professor Claus Roxin. Córdoba: La Lectura/Lerner, 2001.

_____. **Strafrecht: allgemeiner teil 2: besondere erscheinungsformen der straftat; gebundene ausgabe.** München: Beck, 2003.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Die gleichstellungsproblematik der unechten unterlassungsdelikte und der gedanke der ingerenz.** Göttingen: Schwartz, 1966.

SANCINETTI, Marcelo Augusto. **Teoria del delito y disvalor de acción**: consecuencias prácticas del ilícito personal. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

SANGENSTEDT, Christof. **Garantenstellung und garantenpflicht von amtsträgern**: zugleich eine untersuchung. Frankfurt: Lang, 1989.

SCHAFFSTEIN, Friederich. **La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo**. Trad. de José Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1957.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. **Strafrecht**: besonderer teil. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1980.

SCHÖNE, Wolfgang. **Unterlassene erfolgsabwendungen und strafgesetz**: zur gesetzlichen regelung "unechter" unterlassungsdelikte. Köln: Carl Heymanns, 1974.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Die unterlassungsdelikte und die strafrechtliche verantwortlichkeit für die unterlassungen**. In Zeitschrift für die gesamte versicherungswissenschaft, Berlin, nº 96, 1983.

_____. **Grund und grenzen der unechten unterlassungsdelikte**: zugleich ein beitrag zur strafrechtlichen methodenlehre. Göttingen: Schwartz, 1971.

SIEBER, Ulrich. **Die abgrenzung von tun und unterlassen bei der "passiven" besprechungsteilnahme**. In Juristenzeitung. Tübingen, 1983, p. 431.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **El delito de omisión**: concepto y sistema. 2. ed.. Buenos Aires: BdeF, 2003.

SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G. R.. **Criminal law**: theory and doctrine. 2. ed.. Portland: Oregon, 2003.

SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes fiscais**: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SPOLANSKY, Norberto. **La estafa y el silencio**. Buenos Aires: Jorge Alvarez, 1969.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal**: parte general (el hecho punible). Trad. da 4ª edição alemã por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 5. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRUENSEE, Eberhard. **La estructura de los delitos de omisión imprudentes**. Trad. de Beatriz Cruz Márquez e Alejandro Kiss. In Revista de Derecho Penal y Criminología UNED, Asunción, nº 16, jul/2005.

STÜBEL, Christoph Carl. **Über die teilnahme mehrerer personen an einem verbrechen**: ein beitrag zur criminalgesetzgebung & zur berichtigung der in den criminalgerichten geltenden grundsätze. Dresden: Hilscher, 1925.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: ILCP, 1996.

_____. **Direito penal da negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.

_____. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

VIVES ANTÓN, Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WELP, Jürgen. **Vorangegangenes tun als grundlage einer handlungsäquivalenz der unterlassung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 2. ed. trad. da 11ª edição alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral (aspectos gerais)**. Trad. da 5ª edição alemã por Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976.

WILLIAMS, G.. **What should the code do about omissions?** *In* University of Chicago Journal of Legal Studies. Chicago, 1987, vol. 7.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo *et al.*. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *et al.*. **Derecho penal: parte general**. 2. ed.. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **Teoría del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973.